



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.395 - SP (2016/0080336-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR RODRIGUES RAMOS (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DA DROGA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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

– Caso em que, nada obstante a acentuada reprovabilidade da conduta, demonstrada pela significativa quantidade de droga apreendida (mais de 18 kg de maconha), a exasperação da pena-base 7 anos acima do mínimo legal (12 anos) denota ofensa ao primado da proporcionalidade.

– O Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que a confissão do acusado, mesmo quando eivada de teses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defensivas, discriminantes ou exculpantes, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 545/STJ.

- Inexiste ilegalidade na não aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que ficou evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreram o delito. Alterar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

- Reparada a ilegalidade constatada na primeira e segunda etapas da dosimetria das penas impostas ao sentenciado, a manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda advém da quantidade da substância apreendida, a evidenciar a existência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar as penas do paciente em 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, com extensão de parte do presente *decisum* ao corréu Felipe Santos da Costa, cujas penas finais foram reduzidas para 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e 520 dias-multa, mantido os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.395 - SP (2016/0080336-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VITOR RODRIGUES RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de VITOR RODRIGUES RAMOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0003560542013.8.26.0596.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 às penas de 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.250 dias-multa (fls. 22/31).

Inconformada com a sentença, apelou a defesa.

O Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso da defesa para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 10 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.000 dias-multa (fls. 43/51).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, ao argumento de que a pena-base foi aumentada em patamar superior a duas vezes o mínimo legal, o que afronta o princípio da proporcionalidade na fixação da pena.

Aponta a defesa, ainda, a necessidade de se reconhecer a incidência da atenuante de confissão qualificada, de forma a implicar a redução da pena aplicada ao paciente.

Por fim, sustenta que o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 operou-se com a utilização de argumentos genéricos e, diante disso, deve incidir em seu patamar máximo, uma vez que o paciente apresenta os requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivos definidos na lei.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria da pena, aplicando-se a fração de 1/6 para aumentar a pena-base, reduzindo-a novamente no mínimo em razão da incidência da atenuante de confissão qualificada e, finalmente, aplicando-se a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na sua fração máxima, resultando em uma pena definitiva de 1 ano e 8 meses de reclusão.

Pedido liminar indeferido (fls. 63/64).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, para que seja afastado o *bis in idem* ocorrido entre a 1ª e a 3ª fases da dosimetria, com extensão ao correu (fls. 69/72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.395 - SP (2016/0080336-6)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como é cediço, 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.

Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso, o sentenciante fixou a pena-base no máximo legal, qual seja, 15 anos de reclusão, além do pagamento de 1.500 dias-multa. Na segunda fase, presente a menoridade, as penas foram reduzidas em 1/6, alcançando o montante de 12 anos e 6 meses de reclusão e 1.250 dias-multa, penas estas tornadas definitivas, pois ausentes causas de aumento e de diminuição da pena. Por oportuno, transcrevo a fundamentação do *decisum* (fls. 27/28):

Considerando a personalidade e a conduta social do agente (art. 42, da Lei n. 11.234/06), seus antecedentes, as circunstâncias em que a droga foi apreendida e a quantidade do entorpecente (quase dezenove quilos de maconha compactada), que se transformaria em milhares de porções, fomentando o tráfico e uso de drogas, bem como os demais elementos norteadores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena base no máximo legal - 15 (quinze) anos de reclusão.

No tocante à sanção pecuniária, fixo-a em 1.500 (hum mil e quinhentos) dias- multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, devidamente atualizado quando da execução, consideradas as circunstâncias do art. 42, da Lei n. 11.343/06 e demais elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, bem como a situação econômica do acusado.

Não há agravantes. Presente a circunstância atenuante da menoridade, pelo que reduzo as penas em 1/6 (um sexto), perfazendo 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 1.250 (hum mil, duzentos e cinquenta) dias-multa. No que tange à atenuante da confissão, cabem algumas considerações.

A confissão que enseja a redução da pena, nos termos do art. 65, do Código Penal, é o ato pelo qual o acusado, demonstrando arrependimento sincero, admite incondicionalmente a prática do delito, sem invocar ressalvas ou desculpas para o ato criminoso.

No caso, réu confessou parcialmente os fatos narrados na denúncia. Afirmou o tráfico de drogas, porém negou a participação de Felipe, circunstância que afasta, desde logo, a incidência da atenuante.

(...)

Não há causas de aumento de pena. Deixo de aplicar a causa de diminuição prevista, eis que a apreensão de grande quantidade de entorpecentes com o réu e de uma balança de precisão demonstram sua participação efetiva em atividade criminosa organizada. Demonstram, ainda, que o acusado mantinha verdadeiro centro de distribuição de drogas, dedicando-se ao tráfico com habitualidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena-base fixada na sentença, tendo o voto condutor do acórdão recorrido, quanto à dosimetria da pena, destacado que (fls. 48/51):

A reprimenda aplicada merece reparo.

As penas-base foram fixadas no máximo legal considerando principalmente a expressiva quantidade de maconha, que se transformaria em milhares de porções atingindo número significativo de usuários, sendo a circunstância objetiva e compartilhada para ambos os réus.

Para o acusado Felipe a magistrada considerou também sua personalidade desajustada, porquanto possuidor de passagens pela Vara da Infância e Juventude. Contudo, esta c. Câmara Criminal em consonância com o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores não considera inquéritos e processos em curso ou atos infracionais pelos quais respondeu o réu quando era adolescente para fins de antecedentes ou personalidade, razão pela qual a circunstância será afastada.

Com o afastamento de uma circunstância judicial desfavorável a pena-base exige, portanto, redução, motivo pelo qual a fixo em doze anos de reclusão, mais o pagamento de um mil e duzentos dias-multa para ambos os réus. Neste aspecto, reduzi a pena do réu Vitor em atenção ao princípio de equidade, pois a conduta objetiva de ambos os acusados é idêntica, inexistindo consideração de outras circunstâncias na dosimetria.

A alegada confissão do réu Vitor não poderia mesmo incidir, haja vista negar a prática do crime em concurso com o corréu Felipe, situação idônea a demonstrar seu desinteresse em contribuir para a prestação jurisdicional.

Pela atenuante da menoridade relativa diminuo a pena em um sexto, perfazendo dez anos de reclusão, mais o pagamento de um mil dias-multa, sanções que torno definitivas por estarem ausentes outras causas modificadoras.

Os réus não fazem jus a redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. A expressiva quantidade de droga, comercializada por valor superior a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) evidencia o envolvimento dos réus com atividades criminosas. A conduta imputada aos acusados em nada se assemelha àquela esperada do traficante eventual e seus primeiros passos no mundo do crime (sendo este o criminoso que a lei pretende beneficiar com a redução da pena).

A negociação efetivada pelos apelantes com traficante de outra localidade para compra, venda, transporte e distribuição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dezenove quilos de maconha demonstra de forma cristalina o envolvimento criminoso e organizado, não preenchendo, assim, os requisitos legais para a redução da pena.

(...)

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos apelos para reduzir as reprimendas para dez anos de reclusão, mais o pagamento de um mil dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença

Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade elevada das drogas apreendidas (18.826,166 gramas de maconha), argumento idôneo, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Contudo, mesmo com a redução da pena-base de 15 para 12 anos de reclusão promovida pelo Tribunal de origem, entendo que, ainda assim, apesar da acentuada reprovabilidade da conduta, demonstrada pela significativa quantidade de droga apreendida, a exasperação da pena-base em 7 anos acima do mínimo legal denota ofensa ao primado da proporcionalidade.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. UMA ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA VALORADA DESFAVORAVELMENTE. AUMENTO QUE ATINGIU A PENA MÁXIMA COMINADA ABSTRATAMENTE. VIOLAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Mostra-se desproporcional a exasperação da pena-base, calcada em uma única circunstância judicial desabonadora, no máximo previsto abstratamente para o tipo penal. Se a circunstância, no entanto, revelar especial reprovabilidade, o aumento mínimo de 1/6 também não se mostra razoável.

4. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, notadamente, a elevada quantidade de droga apreendida (3 toneladas de maconha) e as disposições do art. 42 da Lei 11.343/06, prudente a exasperação da pena do delito de tráfico no dobro e do crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação no patamar de 2/3.

5. Habeas corpus não conhecido, mas, ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente à 15 anos de reclusão, além de 2166 dias-multa. (HC 252.899/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 04/05/2016) - grifei.

Por outro lado, as instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, não reconheceram a atenuante da confissão espontânea pelo fato de ter sido parcial, pois o réu *confessou parcialmente os fatos narrados na denúncia. Afirmou o tráfico de drogas, porém negou a participação de Felipe* (fl. 28).

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem consignou que (fls. 58/59):

O acusado confessou ter praticado o crime de tráfico de drogas, mas deixou de contribuir para o esclarecimento dos fatos ao negar parte da denúncia no concernente a participação do corréu Felipe Santos da Costa, deixando, assim, de fazer jus à atenuante.

A peça inaugural descreveu que o embargante, previamente ajustado e com identidade de desígnios com o corréu Felipe, trazia consigo mais de dezenove quilogramas de maconha. Para incidência da circunstância atenuante da confissão esta Câmara Criminal entende que ela deve ser integral compreendendo o fato e suas circunstâncias, desmerecendo-a o agente que nega a participação de corréus ou de circunstâncias, como bem explicitado no v. acórdão.

(...)

A decisão é suficientemente clara e não incorre em contradição. A formação do livre convencimento motivado se alicerçou nos elementos fáticos trazidos aos autos entendendo o Juízo não ser o caso de incidência da confissão.

Por fim, não há que se confundir confissão parcial, quando o agente nega parte da imputação, no caso o concurso de agentes, ou circunstâncias do crime, com a confissão qualificada, na qual o réu confirma os fatos, mas alega em seu benefício causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade.

No que tange à atenuante da confissão, este Superior Tribunal tem assentado que *a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de culpabilidade –, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena (HC 337.797/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 29/2/2016).

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, que dispõe:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No caso, mesmo que parcial, pois o acusado confessou o tráfico, mas negou o envolvimento do corréu, a confissão foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor do ora paciente.

Prosseguindo, constata-se que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado com base na quantidade da droga apreendida, a qual indica que o paciente dedica-se às atividades criminosas.

De fato, infere-se dos autos que, com o acusado, foram apreendidos 18.826,166 gramas de maconha, quantidade que, aliadas às circunstâncias em que o delito foi praticado, evidenciam a dedicação do paciente à atividade criminosa.

Sobre a possibilidade de a quantidade da droga apreendida embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destaco:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso, mostra-se inviável a aplicação da referida causa especial de diminuição, haja vista ter sido destacado pelo Tribunal a quo o envolvimento dos pacientes com a prática de atividades ilícitas, demonstrado especialmente pela expressiva quantidade de entorpecente apreendido - 403 invólucros plásticos contendo "maconha" e um tijolo da mesma substância, totalizando peso líquido de 1.157,5 gramas.

(...)

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 275.627/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Por oportuno, embora não suscitado pela defesa, mas destacado pelo Ministério Público Federal, ressalte-se que a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicar a dedicação do paciente à atividade criminosa, incorrendo, assim, o vedado *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido *bis in idem* na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de *bis in idem*. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, o Tribunal revisor concluiu que o paciente dedica-se às atividades criminosas, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

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

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

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Ordem não conhecida.* (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – (grifei).

Ante as ilegalidades reconhecidas na primeira e segunda etapas da dosimetria da pena, **passo à nova dosagem da sanção:**

Na primeira fase, considerando a quantidade elevada da droga apreendida (19 quilos de maconha), fixo a pena-base 1/4 acima do mínimo legal, isto é, em 6 anos e 3 meses de reclusão mais o pagamento de 625 dias-multa.

Na segunda etapa, presentes duas atenuantes - confissão e menoridade -, reduzo as sanções em 1/3, alcançando as penas os montantes de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, não sendo possível maior redução, ante o óbice da Súmula n. 231/STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição a serem consideradas, **torno as penas definitivas em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.**

Considerando que **o corréu Felipe Santos da Costa**, exceto no que tange à atenuante da confissão, encontra-se, nos termos do art. 580 do CPP, na mesma situação fático-processual do ora paciente, **redimensiono suas penas nos seguintes moldes:**

Na primeira fase, considerando a quantidade elevada da droga apreendida (19 quilos de maconha), fixo a pena-base 1/4 acima do mínimo legal, isto é, em 6 anos e 3 meses de reclusão mais o pagamento de 625 dias-multa.

Na segunda etapa, presente apenas a atenuante da menoridade, reduzo as sanções em 1/6, alcançando as penas os montantes de 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão e 520 dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição a serem consideradas, **torno as penas definitivas em 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão e 520 dias-multa.**

Quanto ao regime, a despeito de a condenação ter sido à pena inferior a 8 anos, os acusados tiveram suas penas-base estabelecidas acima do piso legal em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade da droga apreendida, circunstância judicial desfavorável que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO APENAS COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, JÁ DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Na espécie, em que pese o regime inicial fechado ter sido estabelecido com base na vedação legal, já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não há razões para flexibilizá-lo, à luz do art. 33 do Código Penal. Isso porque, a despeito de ter sido condenada à pena de 5 anos e 10 meses, a paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal, em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, circunstância que torna possível a fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido. (HC 298.410/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015) - (grifei).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENADO PRIMÁRIO, CUJA PENA SEJA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDA A 8. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Após a declaração incidental, pelo Supremo Tribunal Federal, do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que ele não constitui fundamentação idônea a justificar a fixação do regime inicial fechado, haja vista que, para estabelecer o regime de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos, do Código Penal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria (grande quantidade de cocaína).

3. À luz do art. 33, § 3º, do CP e da fundamentação global da sentença - que deve se analisada como um todo e não por capítulos - encontra-se justificada a fixação do regime inicial mais gravoso.

4. Writ não conhecido (HC n. 228.963/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 16/4/2015, DJe 27/4/2015) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, com extensão de parte do presente *decisum* ao corréu Felipe Santos da Costa, cujas penas finais foram reduzidas para 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e 520 dias-multa, mantido os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0080336-6

HC 352.395 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00035605420138260596 003560542013 3560542013 35605420138260596

EM MESA

JULGADO: 24/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO MARZOLA NETO
ADVOGADO	: PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VITOR RODRIGUES RAMOS (PRESO)
CORRÉU	: FELIPE SANTOS DA COSTA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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