



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.132 - SP (2017/0036315-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE LUIS VIGUETTI

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (MAIS DE 3 KG DE MACONHA) E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME FECHADO. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (tráficação), ante a elevada quantidade de droga apreendida (mais de 3 kg de maconha), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

II - Não há qualquer flagrante ilegalidade quanto ao regime fixado na hipótese, uma vez que, utilizada a quantidade de entorpecentes na terceira fase para impedir a aplicação da minorante contida no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, justifica-se o regime fechado com base nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, e 42 da Lei 11.343/2006.

III - Sendo a pena privativa de liberdade fixada em montante superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inviável sua substituição por restritivas de direitos (art. 44 CP).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.132 - SP (2017/0036315-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de HENRIQUE LUIS VIGUETTI, em face do v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, sendo, ao final da instrução, absolvido da imputação, com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso e condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06. Eis a ementa do acórdão:

"PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. Tráfico. Condenação. Cabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Condição de usuário incontestada, a qual não basta para elidir a tese acusatória. Negativa de autoria em juízo que se confronta com a confissão extrajudicial, não esclarecendo a Defesa a respeito da divergência das versões. Provas orais que não acenam a qualquer ilegitimidade na abordagem do réu. Testemunha de defesa que apenas presenciou o momento em que o réu já havia sido rendido. Policiais civis. Depoimentos harmônicos que trazem aos autos uma dinâmica dos fatos, comprovando a atuação pelo réu no comércio de drogas. Suficiência probatória. Coerência da condenação com a quantidade e a forma de acondicionamento da maconha encontrada, quadro circunstancial incompatível com o porte de drogas para consumo pessoal. Afastamento do édito absolutório que se impõe. Recurso provido" (fl. 22).

No presente **writ**, o impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena do paciente, uma vez que o Tribunal de origem afastou ilegalmente a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta que a quantidade de entorpecente não impede a incidência da redutora, pois não é condição fixada para a aplicação da benesse.

Aduz ainda que o paciente seria primário e de bons antecedentes, únicos requisitos a serem considerados para a incidência da redutora do tráfico privilegiado, pois os demais requisitos fixados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não serviriam para a análise do benefício.

Por fim, aduz que com a incidência da causa especial de diminuição, a pena do paciente ficaria em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, devendo ser fixado o regime inicial aberto e substituída a sanção corporal por penas restritivas de direitos.

Requer, ao final, a concessão da ordem *"aplicando-se o § 4º, fixando-se o aberto (ou ao menos o semiaberto) e substituindo-se a pena corporal por restritiva de direitos"* (fl. 12).

Pedido liminar **indeferido** às fls. 49-50.

Informações prestadas às fls. 58-76.

A d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 81-84, manifestou-se pelo *"não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão parcial da ordem de ofício para que seja fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena"* (fl. 84).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.132 - SP (2017/0036315-8)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (MAIS DE 3 KG DE MACONHA) E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGIME FECHADO. CABIMENTO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (tráfico), ante a elevada quantidade de droga apreendida (mais de 3 kg de maconha), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

II - Não há qualquer flagrante ilegalidade quanto ao regime fixado na hipótese, uma vez que, utilizada a quantidade de entorpecentes na terceira fase para impedir a aplicação da minorante contida no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, justifica-se o regime fechado com base nos artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, e 42 da Lei 11.343/2006.

III - Sendo a pena privativa de liberdade fixada em montante superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inviável sua substituição por restritivas de direitos (art. 44 CP).

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A 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 exames das razões veiculadas no **mandamus**.

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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Ao condenar o paciente nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de origem afastou a redutora do tráfico privilegiado aduzindo que a quantidade de droga apreendida (mais de 3 Kg de maconha), a sua forma de acondicionamento e a dinâmica dos fatos, demonstrariam que o paciente se dedicava à atividade criminosa. Destaco os seguintes trechos do voto condutor do v. acórdão reprochado:

“No caso ora examinado, Paulo Sérgio destacou ter VISTO Henrique entrar e sair do casebre.

Dentro do imóvel, atrás de um sofá velho, foram encontrados os três tabletes. Somados às cinquenta porções que ele trazia consigo na sacola plástica a tiracolo e as três que tinha nos bolsos, a quantidade total de maconha é superior a 3 kg (três quilos), ou seja, em quantidade e em forma de acondicionamento que acenam à prática de tráfico de drogas.

Pouco provável que um usuário simplesmente insistisse em permanecer em zona de tráfico, perambulando com enorme quantidade de drogas. Como bem destacou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Ministério Público em razões recursais, trata-se de quantidade de droga suficiente à confecção de mais de oitocentos cigarros de maconha. Esses aspectos concretos confirmam a tese acusatória e mostram-se incompatíveis com a negativa do acusado e sequer permitem descartar a eventualidade na prática de tráfico de drogas por Henrique. O réu não esclareceu de quem comprara as drogas (laconicamente apenas disse que foi local comprar umas 'parangas'), nem quando ou em que condições pretendia usar a maconha, sem se olvidar, mais uma vez, a quantidade francamente incompatível com o que normalmente se encontra com um usuário-padrão.

[...]

Quanto ao redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, inviável sua aplicação, malgrado os argumentos defensivos, vez que, agora sim, a quantidade de drogas, o acondicionamento e a dinâmica dos fatos não permitam deduzir pela eventualidade na prática do tráfico de drogas, ao contrário, apontam dedicação a ela (prática do tráfico)" (fls. 70-72).

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (tráficação), ante a elevada quantidade de droga apreendida (mais de 3kg de maconha, quantidade que como destacado no voto condutor, seria suficiente para a confecção de mais de 800 cigarros de maconha), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária (maneira em que se desenvolveu a situação fática que ensejou a prisão do paciente, bem como a forma de acondicionamento da droga e a quantia em dinheiro encontrada em sua posse), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido, confira-se jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO DIVERSO DO CONSTITUÍDO PELO PACIENTE. NULIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE QUE FAZIA DA NARCOTRAFICÂNCIA SEU MEIO DE VIDA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. O constrangimento ilegal, no seio do remédio heroico, demanda demonstração por meio de prova pré-constituída. Descumprida tal tarefa, de bem aparelhar a petição da ação mandamental, tem-se clara hipótese de incidência do ônus objetivo da prova, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento da prova, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova pré-constituída do constrangimento ilegal. Tocando ao recorrente tal incumbência, com a insuficiência probatória, a este recai a desvantagem processual.

3. **A Corte de origem negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente se dedicava às atividades criminosas, fazendo da narcotraficância seu meio de vida, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida - aproximadamente 1,5 quilos de maconha. Assim, tem-se por devidamente motivada a negativa da benesse, em razão da gravidade concreta do delito em comento, não havendo falar, pois, em afronta ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88). Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.**

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício tão-somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento da pena" (HC n. 283.432/RJ, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 19/11/2014 - grifei).

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**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

7. Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si só, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. 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.

[...]

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. **O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 18/11/2016 - grifei).

Desta forma, não há flagrante ilegalidade no afastamento da redutora do tráfico privilegiado que autorize a concessão da ordem de ofício, devendo ser mantida a condenação imposta.

Passo, agora, à análise do **regime inicial de cumprimento de pena**.

Assim o fazendo, consigno que o regime inicial foi fixado na modalidade fechada, em especial, em razão de o delito de tráfico de drogas ser equiparado a crime hediondo, invocando-se o disposto no art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/1990 para justificar o regime mais gravoso. Confira-se:

"O regime inicial fechado mostra-se adequado. A partir da cláusula constitucional prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da CR/88, deduz-se um tratamento peculiarmente severo para os crimes equiparados a hediondo, por se tratarem de delitos de especial gravidade.

Norma legal expressa, então, determina a imposição do regime mais rigoroso, a saber, o artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007. No caso concreto, inclusive, a quantidade de drogas e o fato de ter sido surpreendido em operação de campanha pelos policiais civis comercializando drogas, além de afastar a figura privilegiada, denota o alto risco de reiteração delitiva, o que justifica a imposição do regime inicial mais severo.

Circunstâncias desfavoráveis que, em atenção ao artigo 33, §3º, do Código Penal, em respeito ao princípio da individualização da pena, igualmente justificam o rigor no regime de cumprimento da pena" (fl. 73).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que, como se sabe, a referida norma foi declarada inconstitucional pelo excelso Supremo Tribunal Federal, sendo cediço que, na fixação do regime, deve-se observar o disposto no art. 33, §§2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Desse modo, cumpre ressaltar que o regime prisional, nos crimes previstos na Lei 11.343/06, deve ser estabelecido de acordo com o **quantum** de pena aplicado, levando-se em consideração a primariedade ou não do réu, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, bem como a quantidade e a natureza da droga apreendida, **ex vi** do art. 42 da Lei 11.343.06.

Em outras palavras, a quantidade e a natureza da droga podem fundamentar a imposição de regime mais gravoso do que o admitido em função apenas do **quantum** de pena aplicado, desde que tal circunstância concreta tenha sido utilizada na dosimetria da pena, como no caso.

Sobre a **quaestio**, os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ressalta-se que o exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em habeas corpus. Precedentes.

3. O aumento na pena-base em 10 meses acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, fundamentadamente, em razão da grande quantidade de entorpecente não se mostra desarrazoada já que em feita na proporção considerada pela jurisprudência como razoável (1/6), bem como devidamente fundamentada em elemento concreto, condizente com o entendimento desta Corte acerca do tema.

4. Tampouco se vislumbra qualquer excesso, no que diz respeito ao aumento, no patamar de 1/6, pela reincidência do paciente, porquanto em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte.

5. É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que a utilização da agravante de reincidência para majorar a pena, assim como para afastar a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem (HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Precedentes.

6. **A quantidade, natureza e/ou variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo. Precedentes.**

7. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 336.421/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 1º/8/2016).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO LOCAL DA INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerável quantidade e a variedade das drogas apreendidas, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

3. A reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

5. **Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas - 44 porções de cocaína, 23 porções de 'crack' e 15 porções de maconha - utilizadas na terceira fase da dosimetria, para afastar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, justificam a fixação do regime prisional mais gravoso.**

6. Considerando a pena aplicada, no patamar superior a 4 anos, inviável a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante o não preenchimento dos requisitos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 309.123/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 25/8/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. SISTEMA DA PERPETUIDADE. IRRELEVÂNCIA DO PERÍODO DEPURADOR. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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.

4. No que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal.

5. Hipótese em que, nos termos do art. 59, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, as instâncias ordinárias, na primeira etapa da dosimetria, fixaram a pena-base no patamar de 6 anos, considerando como desfavoráveis os maus antecedentes da paciente, em razão de três condenações específicas com trânsito em julgado há mais de cinco anos, e a quantidade e a natureza da droga apreendida - 62 pinos de crack (44,47g) e 08 pinos de cocaína (12,04g) -, o que não se mostra desproporcional.

6. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de um sexto a dois terços, são: agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

7. Este Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum de redução, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *In casu*, tendo as instâncias antecedentes concluído, motivadamente, pela dedicação da paciente a atividades ilícitas, levando em consideração as circunstâncias fáticas do delito, as provas obtidas nos autos e a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas, e considerando o fato da paciente possuir maus antecedentes, torna-se incabível a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porquanto não preenchidos os requisitos legais.

9. **Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal (6 anos de reclusão), em razão dos maus antecedentes e da quantidade e da natureza da droga apreendida, há na hipótese circunstâncias concretas que autorizam a fixação do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei de Drogas.**

10. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

11. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 357.043/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/8/2016).

In casu, verifica-se que o paciente possui circunstância desfavorável, qual seja, a quantidade do entorpecente, que inclusive motivou o afastamento da causa especial de diminuição de pena.

Dessarte, sendo o estabelecimento do regime prisional decorrência lógica dessa operação de dosimetria, consoante determinam os artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, do Código Penal, o regime fechado fixado, **no caso**, não padece de qualquer flagrante ilegalidade, passível de ser sanada na pela concessão da ordem de **habeas corpus**, ainda que de ofício.

Por último, deve-se ressaltar que, restando a pena privativa de liberdade fixada em montante superior à 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em possibilidade de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0036315-8

HC 389.132 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10872013 20160000703863 30030414620138260590

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: HENRIQUE LUIS VIGUETTI

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."

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