

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 541.637 - SP (2019/0318582-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSILENE CRISTINA OTAVIANO - SP403544
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANE CRISTINA DE SOUZA OLIVEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FABIANE CRISTINA DE SOUZA OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 1504177-47.2018.8.26.0536.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de multa, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois trazia consigo, transportava, guardava e mantinha em depósito, para o fornecimento a terceiros, drogas consistentes em 157 (cento e cinquenta e sete) porções de cocaína, com peso aproximado de 193g (cento e noventa e três gramas), bem como 21 (vinte e uma) porções de maconha, com peso aproximado de 90,53g (noventa gramas e cinquenta e três centigramas) – e-STJ fls. 48-57.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso ministerial a fim de fixar o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória (e-STJ fls. 58-75).

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que há dupla punição ao se utilizar a quantidade de entorpecentes para exasperar a pena-base e para excluir a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Afirma que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos enunciados sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440 do STJ.

Por fim, aduz que a paciente possui direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão ou alvará de soltura em favor da paciente. E, no mérito, o redimensionamento da reprimenda, com a fixação do regime prisional menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 78-79).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 85-87 e 91-124).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício (e-STJ fls. 126-140).

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante à dosimetria da pena imposta à paciente, extrai-se dos autos que o acórdão recorrido manteve o aumento de 1 (um) ano e 10 (dez) meses na sanção básica nos seguintes termos, *ipsis litteris* (e-STJ fl. 69):

Na primeira fase de estimação da reprimenda, preserva-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 59 do CP e art. 42, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/6 (um sexto), que se revela razoável e proporcional ao caso, e está alinhada com os parâmetros traçados pela jurisprudência, tendo em vista a quantidade de drogas apreendida, totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes a se aplicar ao caso em tela.

Sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento no qual o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de reprimenda a ser aplicada ao condenado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, os quais não deve se furtar de analisar individualmente e de indicar, especificamente, dentro desses parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crimes previstos na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o magistrado deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 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 natureza e a quantidade da substância ou do

Superior Tribunal de Justiça

produto, a personalidade e a conduta social do agente.

No caso dos autos, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas, a quantidade e a natureza da droga apreendida (193g de cocaína, bem como 90,53g de maconha) justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Não se pode considerar ilegal a elevação da pena-base na espécie, especialmente em se considerando que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e a repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado no caso concreto, em que, por tratar-se de delito com pena que varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, foi estabelecido um aumento proporcional.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem, a quem cabe a análise das questões fático-probatórias dos autos, reconheceu a existência de elementos de provas suficientes para embasar o decreto condenatório pela prática dos crimes de tráfico de entorpecentes e de associação para o tráfico. Desse modo, não há dúvidas de que a mudança da conclusão alcançada no acórdão quanto à autoria e materialidade dos delitos exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, a teor do disposto nas Súmulas n. 7/STJ e 279/STF.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias do crime e firmou-se em elementos concretos dos autos, quais sejam, a quantidade e a natureza da droga apreendida - 131,4g (cento e trinta e um gramas e quatro decigramas) de cloridrato de cocaína -, elementos esses que justificam maior rigor na censura penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1229941/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe de 10/04/2019; sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. [...] AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. No que diz respeito ao tráfico de entorpecentes,

Superior Tribunal de Justiça

considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade de substância ou produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Assim, tem-se que o aumento da pena-base com fundamento na quantidade e diversidade das drogas apreendidas é devido, segundo entendimento desta Corte superior.

[...]

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1451789/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017; sem grifos no original.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. [...]. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A *quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.*

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 403.378/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; sem grifos no original.)

No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente do afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, verifica-se que acórdão combatido manteve o afastamento da benesse realizado pelo Magistrado de primeiro grau com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 69):

Na fase derradeira, ausentes causas de aumento ou diminuição.

Quanto à figura privilegiada (cf. art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), impossível seu reconhecimento, tendo em vista a quantidade de drogas apreendida em poder da ré.

Observa-se, por oportuno, que a quantidade e variedade de entorpecentes devem ser consideradas nas diversas fases da dosimetria (art. 42 da Lei Antidrogas), mas sob perspectivas diversas na primeira, é considerada como fator atentatório à saúde pública, e na fixação da pena final é vista sob o prisma do grau de envolvimento da ré com estrutura criminosa destinada ao tráfico.

Cumpre registrar, inicialmente, que o §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Superior Tribunal de Justiça

dispõe que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) **não se dedique às atividades criminosas**; e d) não integre organização criminosa.

Quanto à incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, este Sodalício firmou o entendimento de que *"a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização"* (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Como se vê no trecho transcrito, as instâncias ordinárias concluíram que a paciente se dedicava a atividades criminosas, tendo em vista as provas carreadas aos autos e a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – 193g de cocaína, bem como 90,53g de maconha.

O entendimento acima externado alinha-se à jurisprudência desta Corte Superior, que se posiciona no sentido de que a quantidade elevada de entorpecentes constitui elemento idôneo para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

II - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 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.

III - Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na grande quantidade de drogas apreendidas (2,206 kg de cocaína),

Superior Tribunal de Justiça

elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. Rever esse entendimento demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

Precedentes.

IV - No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

V - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 481.005/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe de 01/04/2019, sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REFAZIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. PROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA (140kg DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGRAVANTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade

Superior Tribunal de Justiça

e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

No caso dos autos, mostra-se razoável o aumento da pena inicial justificado na quantidade da droga apreendida (140kg de maconha), considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas (5 a 15 anos de reclusão).

3. A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

4. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelo "transporte de 140 kg de maconha, de forma estruturada, com a participação de pelo menos quatro pessoas, incluindo a que entregou a droga, bem como a entrega do veículo com placa de Presidente Prudente/SP devidamente preparado para o transporte da droga" (fl. 737), está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

5. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo, de acordo com o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

6. Sedimentou-se, ainda, o entendimento segundo o qual, nos delitos previstos na Lei de Drogas, a fixação do regime prisional deve observar a regra imposta no art. 33, § 2º, do Código Penal em conjunto com o art. 42 da Lei 11.343/2006, que determina a consideração, preponderantemente, da natureza e quantidade da droga.

No caso dos autos, o regime inicial de cumprimento de pena não merece reparo. Dessarte, embora a reprimenda definitiva tenha permanecido em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a manutenção do regime inicial fechado se impõe pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida (140 quilos de maconha), em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º,

Superior Tribunal de Justiça

do CP e 42 da Lei n. 11.343/06.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 466.959/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe de 01/04/2019; sem grifos no original.)

Outrossim, embora a quantidade de entorpecente apreendido já tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria penal para exasperar a reprimenda de piso, nada impede que tal circunstância seja novamente considerada na terceira etapa para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, obstar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Isso porque, *"de acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há bis in idem quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida."* (AgRg no REsp 1.580.686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe de 01/02/2017), como ocorrido *in casu*.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE (ART. 42, LAD) E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA PARA O AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO. FUNDAMENTOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 617, DO CPP. INOCORRÊNCIA. PLEITOS DA ACUSAÇÃO DEVIDAMENTE FORMULADOS NO RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. DESCABIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase,

Superior Tribunal de Justiça

para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII - Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

IX - 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.

X - No ponto, a acusação requereu o conhecimento e provimento do apelo à fl. e-STJ 89, para reformar a sentença quanto a dosimetria da pena da acusada, a fim de afastar a redutora do tráfico de drogas, com consequente aumento da pena e demais reflexos, ou seja, quanto a modificação no regime pelo novo quantum de pena privativa de liberdade, inexistindo violação ao art. 617, do Código de Processo Penal.

XI - A quantidade entorpecentes foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe de 19/03/2019; sem grifos no original.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E INAPLICABILIDADE DA MINORANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

2. Esta Corte tem posicionamento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art.

Superior Tribunal de Justiça

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

3. Hipótese em que a Corte de origem sopesou validamente a quantidade e a natureza da droga apreendida (1,05 kg de cocaína) na primeira etapa da dosimetria penal, para exasperar a pena-base em 6 meses de reclusão, e na terceira fase, para justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que tais vetores indicam a habitualidade delitiva da agravante.

4. Ademais, concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade do entorpecente apreendido, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que a agravante se dedica a atividade criminosa, 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.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 472.650/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe de 26/02/2019; sem grifos no original.)

Em acréscimo, desconstituir a conclusão da instância ordinária de que a paciente se dedicava a atividades ilícitas demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via do *habeas corpus*, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL INDEFERIDA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CONTURBADO HISTÓRICO PRISIONAL DO PACIENTE. PRÁTICA DE NOVO DELITO ENQUANTO USUFRUÍA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, ainda que haja atestado de boa conduta carcerária, a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo das execuções, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo. Precedentes.

[...]

3. Além disso, para se modificar os fundamentos utilizados pelas

Superior Tribunal de Justiça

instâncias ordinárias quanto ao preenchimento do requisito subjetivo do paciente, mostra-se necessário o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 468.765/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe de 18/12/2018.)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU E CASSADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT DENEGADO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte de que a análise desfavorável do mérito do condenado feita pelo Juízo da execução, com base nas peculiaridades do caso concreto e levando em consideração fatos ocorridos durante a execução penal, justifica o indeferimento do pleito de progressão de regime prisional pelo inadimplemento do requisito subjetivo.

2. No caso, a benesse foi cassada pelo Tribunal de origem em razão da ausência do requisito subjetivo do paciente, invocando elementos concretos dos autos, levando em consideração - além da gravidade das condutas e da longa pena a cumprir - o registro de 7 (sete) faltas disciplinares (2 médias e 5 graves) e o resultado desfavorável do exame criminológico, cujos apontamentos permitem concluir que o paciente não estaria apto a progredir de regime.

3. Ressalte-se, ainda, que o afastamento dos fundamentos utilizados pelo Tribunal a quo quanto ao mérito subjetivo do paciente demandaria o reexame de matéria fático-probatória, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus.

4. Ordem denegada.

(HC 464.771/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe de 12/12/2018.)

Mantida a reprimenda no patamar estabelecido pelas instâncias ordinárias, ficam prejudicados os pleitos de abrandamento do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do habeas corpus.**

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 25 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator

