



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 325.418 - SP (2015/0127340-0)**

**RELATOR** : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
**IMPETRANTE** : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO  
**ADVOGADO** : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RODRIGO FERNANDO SILVA RODRIGUES (PRESO)  
**PACIENTE** : EDIMILSON ALVES CARVALHO (PRESO)

### EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, firmou a orientação de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal.

2. O Tribunal de origem utilizou o mesmo fundamento (natureza e diversidade de drogas apreendidas e circunstâncias do delito) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, de modo que fica evidenciado o sustentado constrangimento ilegal de que estariam sendo vítimas os pacientes nesse ponto, por ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

3. A Corte estadual entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, caberá ao Magistrado de primeiro grau, ao refazer a dosimetria da pena dos pacientes, também reavaliar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, à luz do art. 33, § 3º,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. O acórdão impugnado não analisou a questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que inviabiliza a sua análise pelo STJ; do contrário, incorrer-se-á em supressão de instância.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha-SP: a) proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da natureza e/ou da diversidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria; b) analise a eventual possibilidade de fixar aos pacientes regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e c) na hipótese de a nova dosimetria alcançar reprimenda não superior a quatro anos de reclusão, avaliar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2015

**Ministro Rogerio Schietti Cruz**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 325.418 - SP (2015/0127340-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO**  
**ADVOGADO : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : RODRIGO FERNANDO SILVA RODRIGUES (PRESO)**  
**PACIENTE : EDIMILSON ALVES CARVALHO (PRESO)**

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**RODRIGO FERNANDO SILVA RODRIGUES e EDIMILSON ALVES CARVALHO**, pacientes neste habeas corpus, estariam sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0002467-71.2013.8.26.0106).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, cada um, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal com fundamentação apenas na gravidade genérica do delito. Alega que apenas duas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram valoradas negativamente – culpabilidade e circunstâncias do delito – e que a culpabilidade é própria do tipo legal e as circunstâncias da infração não foram apontadas pelo Magistrado.

Afirma, ainda, que os pacientes fazem jus à minorante da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, e que ocorreu *bis in idem*, pois a Corte utilizou o mesmo argumento para aumentar a pena-base acima do mínimo e para indeferir a redução da pena em 2/3, na terceira etapa.

Por fim, sustenta que a Corte Estadual ignorou a decisão do Supremo Tribunal que declara a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para o crime de tráfico.

Requer, ao final, a concessão da ordem, a fim de diminuir a



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

pena-base imposta aos pacientes para o mínimo legal e a reprimenda, na terceira fase, em 2/3, em razão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2007, assim como para determinar que o Juízo das Execuções verifique, mediante análise concreta dos fatos imputados, o regime prisional mais adequado aos pacientes e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 197-205).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.418 - SP (2015/0127340-0)

### EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. *BIS IN IDEM*. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, firmou a orientação de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa. Em homenagem ao princípio da segurança jurídica, não há razões para insistir na manutenção da tese contrária, até então sedimentada neste Superior Tribunal.

2. O Tribunal de origem utilizou o mesmo fundamento (natureza e diversidade de drogas apreendidas e circunstâncias do delito) para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto a não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, de modo que fica evidenciado o sustentado constrangimento ilegal de que estariam sendo vítimas os pacientes nesse ponto, por ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

3. A Corte estadual entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, sem haver apontado elementos concretos dos autos que, efetivamente, evidenciassem a imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso. Assim, caberá ao Magistrado de primeiro grau, ao refazer a dosimetria da pena dos pacientes, também reavaliar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

4. O acórdão impugnado não analisou a questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que inviabiliza a sua análise pelo STJ; do contrário, incorrer-se-á em supressão de instância.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha – SP: a) proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da natureza e/ou da diversidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas da dosimetria; b) analise a eventual possibilidade de fixar aos pacientes regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e c) na hipótese de a nova dosimetria alcançar reprimenda não superior a quatro anos de reclusão, avaliar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

#### **I. Admissibilidade**

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

#### **II. Contextualização**

Os pacientes foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, porque no dia 10/5/2013, previamente ajustados e com unidade de propósitos, tinham em depósito, traziam consigo e guardavam 13 sacos contendo 412,13kg de cocaína, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e, ainda, porque se associaram para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime de tráfico.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou os pacientes às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado, mais multa, fixando a reprimenda nos seguintes termos:

Os réus são tecnicamente primários. Contudo, **a grande quantidade de drogas apreendidas**, o que aumenta a potencialidade lesiva da conduta, agrava a **culpabilidade** dos réus. Ademais, verifico que **foi necessário grande aparato prévio à realização dos delitos**, tornando desfavoráveis as **circunstâncias** destes. Assim, sendo desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias da infração, afasto as penas-base do mínimo legal, a fim de fixá-las em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

Não há atenuantes e agravantes a incidirem no presente caso.

Não obstante os réus serem primários e de bons antecedentes, entendo que não reúnem os requisitos para a aplicação da redução prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, uma vez que as **circunstâncias da infração e a grande quantidade de drogas apreendidas** são suficientes **para concluir que eles se dedicam às atividades criminosas**.

Ausentes outras causas modificativas, torno a pena definitiva do réu em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

O valor do dia-multa será fixado no mínimo legal, dada a presunção de pobreza que favorece os réus, com os reajustes legais.

Fixo o **regime fechado** para o cumprimento da pena (**art. 2º, § 1, da Lei 8.072/90**), permitida a progressão, e por já se encontrarem presos, permanecendo intactos os pressupostos para a custódia cautelar, não poderão apelar em liberdade.

Nesse momento, destaco que na norma inculpada no art. 387, § 2º, do CPP em nada altera o regime inicial de cumprimento da pena.

**Não estão preenchidos os requisitos objetivos do art. 44 do CP (condenação não superior a quatro anos), pelo que impossível à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.**

Da mesma forma, o réu não faz jus ao benefício do *sursis*, por não preencher os requisitos do art. 77 do CP



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(condenação não superior a dois anos).

Em razão de recurso de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público paulista, o Juízo de primeiro grau supriu omissão relativa a dosimetria do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, a fim de condenar os pacientes, por ambos os ilícitos, à pena de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs recurso de apelação pleiteando a absolvição por insuficiência de provas, a restituição da quantia em dinheiro apreendida e, em caráter subsidiário, a redução das penas e a fixação do regime inicial aberto.

O Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso, para absolver os pacientes do crime de associação para o tráfico e determinar a restituição das quantias apreendidas, mantida no mais a sentença. No que se refere à pena e ao regime de cumprimento, consignou que (fls. 186-187):

A pena foi dosada de forma criteriosa, bem justificado o acréscimo que se fez à sanção básica, porque a grande **quantidade de substância entorpecente que foi apreendida estava mesmo a justificar maior rigor na retribuição.**

**O regime inicial fechado é mantido, porque o tráfico ilícito de substância entorpecente é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de considerável parcela da população, com posta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar. Além disso, se constitui em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído de capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício. Cuida-se, ademais, de conduta equiparada a crime hediondo. Tudo, enfim, a justificar maior rigor na retribuição.**

Não se cogita da aplicação da causa especial de redução de pena, porque é intuitivo que não se tem acesso a **toda a quantidade de droga que foi apreendida, a não ser por meio de organização criminosa.**

### III. Primeira etapa da dosimetria



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante entendimento deste Superior Tribunal, "Não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica" (HC n. 147.925/DF, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 11/5/2015).

Não há que falar, na hipótese, em nulidade na dosimetria do paciente decorrente de ofensa ao método trifásico, haja vista que o Juízo de primeira instância, malgrado não tenha se pronunciado expressamente acerca de todo o rol de circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, explicitou, com base nos elementos concretos dos autos, as razões para exasperação da pena-base acima do mínimo legal, a saber, a análise desfavorável da culpabilidade e das circunstâncias do delito.

Não verifico, portanto, manifesta violação dos arts. 59 do CP, pois as circunstâncias judiciais relativas à **culpabilidade** e às **circunstâncias do crime** foram devidamente fundamentadas, respectivamente, na grande quantidade de drogas apreendidas (412,13 kg de cocaína), o que aumenta a potencialidade lesiva da conduta, e no aparato prévio que foi necessário à realização dos delitos. Ilustrativamente:

[...]

- A Juíza de primeiro grau justificou a fixação da pena-base acima do mínimo legal em 1 (um) ano de forma fundamentada, destacando **elevada culpabilidade do acusado, demonstrada pela quantidade de droga apreendida em seu poder - 722,44g (setecentos e vinte e dois gramas e quarenta e quatro centigramas) de maconha -, elemento concreto que evidencia a reprovabilidade da conduta atribuída ao paciente e autoriza a majoração aplicada.**

- Em sede de habeas corpus, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia no seu cálculo, o que não se verifica no presente caso.

[...] (HC n. 262.458/DF, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 19/12/2014)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### IV. A minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, verifico que o Juízo de primeiro grau entendeu que, não obstante serem os pacientes primários e de bons antecedentes, eles não reúnem os requisitos para a aplicação do referido redutor, "uma vez que as **circunstâncias da infração e a grande quantidade de drogas apreendidas** são suficientes para concluir que eles se dedicam às atividades criminosas" (fl. 166).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a não incidência do benefício em questão pelos seguintes fundamentos (fls. 187):

Não se cogita da aplicação da causa especial de redução de pena, porque é intuitivo que não se tem acesso a toda a quantidade de droga que foi apreendida, a não ser por meio de organização criminosa.

Com efeito, segundo o disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas 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.

Vale dizer, para a aplicação da minorante em comento, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

Sobre a matéria posta em discussão, cumpre destacar que a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (**AgRg no REsp n. 1.389.632/RS**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 14/4/2014).

Nesse contexto, este Superior Tribunal firmou a orientação de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, **é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas** e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

A título de exemplo, menciono o seguinte trecho de julgado desta Corte Superior de Justiça:

*In casu*, conforme consignado na sentença condenatória, foram apreendidos em poder do réu "cinquenta gramas de cocaína em pó disposta em quinze invólucros plásticos, mais 174, 45 gramas de pasta base de cocaína e 202, 43 gramas de ácido bórico, esta última substância comumente utilizada no mundo do tráfico para ser misturada à cocaína". (fls. 244 - grifo nosso).

Do exposto resulta que a expressiva quantidade e variedade de entorpecente apreendida em poder do acusado, no presente caso, constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à falta de preenchimento dos requisitos legais. (**AgRg no AREsp n. 359.220/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 17/9/2013)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC n. 111.666/MG**, de relatoria do Ministro Luiz Fux, também consignou que "a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas", circunstância "obstativa da aplicação da referida minorante" (acórdão publicado no DJe de 23/5/2012).

No caso, não obstante os acusados sejam tecnicamente primários ao tempo do delito e possuam bons antecedentes, a Corte de origem manteve o entendimento de ser incabível a aplicação da minorante em comento, com fundamento na quantidade, na natureza da droga e nas circunstâncias do delito.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não identifico nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada aos pacientes a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, haja vista que **foram apontados elementos concretos que indicam a sua dedicação a atividades delituosas, notadamente ao tráfico de drogas, e a sua integração em organização criminosa.**

De fato, ainda que tenham sido absolvidos do crime de associação para o tráfico, não se mostra razoável admitir que alguém que é preso com elevada quantidade de drogas (no caso, 412,13 kg de cocaína), em circunstâncias que evidenciam a participação em organização criminosa, ostente a condição de traficante eventual, de modo a ser merecedor do benefício em questão.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que os pacientes não se dedicariam a atividades delituosas e nem integrariam organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedada na via estreita do habeas corpus.

[...]

5. Ordem não conhecida. (HC n. 316.802/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/6/2015).

Todavia, embora a Corte de origem tenha fundamentado, concretamente, a não aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, verifico que a mesma fundamentação foi utilizada para exacerbar a pena-base, o que, para o impetrante, caracteriza *bis in idem*.

Sobre a matéria, faço lembrar que, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776/MS, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa**. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator (Ministro Teori Zavascki), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Com a devida vênia, **tenho diversa compreensão**. Seguindo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, entendo que, na primeira fase, a quantidade e a natureza da droga apreendida são usadas como circunstância judicial, indicativas da intensidade da lesão à saúde pública, e, na terceira, como reveladoras do grau de envolvimento do acusado com o narcotráfico.

Porém, no referido julgado, a quantidade de drogas havia sido utilizada, na primeira fase, para fins de exasperação da pena-base e, na terceira, para a **escolha da fração** de redução de pena relativa à minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, **e não para a incidência ou não da causa de diminuição de pena em comento**.

Vale dizer, não estava em discussão, naquele caso, se estavam presentes ou não os requisitos da primariedade, dos bons antecedentes, da não dedicação a atividades delituosas e da não integração em organização criminosa, visto que o juiz sentenciante já havia reconhecido o preenchimento, de forma cumulativa, de todos esses elementos legais pelo paciente.

Também no julgamento da Repercussão Geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, por maioria, considerou que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (no caso, 162,57 g de cocaína) devem ser levadas em consideração em apenas uma das fases do cálculo da pena, em observância à vedação ao *bis in idem*.

Entretanto, saliento que o julgado mencionado também dizia respeito a caso em que se considerou a quantidade e a qualidade da droga apreendida na primeira etapa da dosimetria, como circunstância judicial desfavorável, **e na terceira fase, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar de 1/3**, e não na fração máxima de 2/3.

Por fim, observo que, no julgamento do **HC n. 109.193/MG**, no qual também se discutiu a possibilidade de utilização, na terceira fase da dosimetria, da natureza da droga apreendida para a fixação do fator de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, a Suprema Corte denegou a ordem, por concluir que teria havido a consideração da natureza da substância entorpecente apreendida **somente** na terceira etapa da dosimetria, **ou seja, para a escolha do quantum de redução de pena pela minorante em questão**.

Vê-se, portanto, que também o caso julgado no referido HC n. 109.193/MG trata de **situação diversa** da dos autos.

Isso significa que, **em nenhum momento**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afirmou que a utilização da natureza e da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, e na terceira, para **afastar o reconhecimento da minorante** prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 implica *bis in idem*.

No caso, conforme já salientado, verifico que policiais militares lograram apreender, no interior de um caminhão, cuja chave foi encontrada no bolso do paciente Edimilson, **13 sacos contendo 412,13 kg de cocaína**, os quais estavam escondidos sob algumas caixas plásticas vazias.

Dessa forma, não constato nenhum constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, foi negada aos pacientes a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tendo em vista que foram apontados elementos concretos que indicam a sua **dedicação a atividades delituosas, notadamente ao tráfico de drogas**.

Aliás, no julgamento do RHC n. 94.806/PR, de relatoria da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Cármen Lúcia, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que **a quantidade de drogas apreendidas e a forma de acondicionamento** são elementos **hígidos e suficientes** para **atestar a dedicação do acusado a atividades criminosas**.

Na ocasião, a Relatora asseverou que "o recorrente portava uma quantidade relevante de droga – mais de meio quilo de maconha – acondicionada na forma de um 'tijolo', fatos esses que caracterizam a dedicação às atividades criminosas e que foram bem sopesadas pela instância de mérito para o fim de afastar a causa de diminuição de pena prevista na nova Lei de Tóxicos".

Com essas considerações, a Turma, à unanimidade, negou provimento ao recurso em habeas corpus.

Segundo Jayme Welmer de Freitas, "[o] dedicar-se a atividades criminosas (tal como o dolo pode se evidenciar pela sede das lesões) pode se inferir pelas circunstâncias objetivas que permeiam o crime (...) e subjetivas quanto à pessoa do agente (...), elucidando a incursão do traficante no seio da criminalidade." (*A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade*. Caxias do Sul: Editora Plenum Ltda., p. 52).

Com essas considerações, não constato nenhuma ilegalidade manifesta no ponto que foi negada ao paciente a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A conclusão, portanto, seria a de que, no caso, **não haveria que se falar em bis in idem**, visto que a consideração da natureza e da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base, justifica-se em razão da **intensidade da lesão à saúde pública**, bem jurídico penalmente tutelado nos crimes de tráfico de drogas e afins; já na terceira etapa, esses elementos são utilizados para a **aferição do grau de envolvimento do acusado com organização criminosa ou de dedicação a atividades delituosas, e não para, preenchidos os requisitos legais, fixar-se o percentual de redução da pena**.

Dito de outro modo, entendo que se estaria tratando da utilização de determinado parâmetro de referência para **momentos e finalidades distintas**, justamente para se alcançar a justa e correta reprimenda necessária para a reprovação e a prevenção do delito perpetrado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante entender que a quantidade e a natureza da droga apreendida são usadas como circunstância judicial, indicativas da intensidade da lesão à saúde pública, e, na terceira, como reveladoras do grau de envolvimento do acusado com o narcotráfico, sem que isso configure violação ao princípio do *ne bis in idem*, **curvo-me ao entendimento desta Egrégia Turma, de que ocorre violação do referido princípio quando as mesmas circunstâncias são utilizadas, na primeira fase, para exasperação da pena-base e, na terceira etapa, para afastar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que a questão foi decidida de acordo com precedentes desta Casa e do Supremo Tribunal Federal.**

Ilustrativamente:

[...]

3. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando a quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

(HC n. 282.559/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 9/9/2014)

Por todo o exposto, o Magistrado de primeiro grau deve proceder a uma nova dosimetria da reprimenda dos pacientes, com a utilização da quantidade de drogas e das circunstâncias do crime em apenas uma das etapas do cálculo da pena.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### V. Regime inicial de cumprimento de pena

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, constato que o Tribunal de origem, embora tenha dado parcial provimento à apelação interposta pela defesa para absolver os pacientes em relação ao crime de associação para o tráfico de drogas, manteve a fixação do regime inicial fechado, **sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto que justificasse o porquê de tal escolha** (fl. 187).

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e de outros a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade e a natureza de drogas apreendidas), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 – se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Na espécie, conforme já salientado, o Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, **sem haver apontado elementos concretos** dos autos que, efetivamente, evidenciassem a **imprescindibilidade de imposição do modo mais gravoso**.

Dessa forma, entendo que caberá ao Magistrado de primeiro grau, ao refazer a dosimetria da pena dos pacientes, também reavaliar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, à luz do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

### VI. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Quanto à pretensão de substituição da pena privativa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritiva de direito, verifico que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, porquanto o tema não foi sequer suscitado nas razões de apelação, o que impede a apreciação dessa questão diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância.

No entanto, na hipótese de a nova dosimetria alcançar reprimenda não superior a quatro anos de reclusão, deve a instância ordinária avaliar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

### VII. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, ao examinar o seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem** postulada, a fim de determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha–SP: a) proceda à nova dosimetria da pena, com a utilização da natureza e/ou da diversidade de drogas apreendidas e as circunstâncias do delito em somente uma das etapas da dosimetria; b) analise a eventual possibilidade de fixar aos pacientes regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e c) na hipótese de a nova dosimetria alcançar reprimenda não superior a quatro anos de reclusão, avaliar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0127340-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 325.418 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024677120138260106 20150000195704 24677120138260106

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### AUTUAÇÃO

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : ELISMARCIO DE OLIVEIRA MACHADO             |
| ADVOGADO   | : ELISMÁRCIO DE OLIVEIRA MACHADO             |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : RODRIGO FERNANDO SILVA RODRIGUES (PRESO)   |
| PACIENTE   | : EDIMILSON ALVES CARVALHO (PRESO)           |

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

#### CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.