



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.432 - SP (2016/0243900-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO - SP170328
DIEGO MARZOLA DA SILVA - SP305015
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO MARRAN (PRESO)
PACIENTE : LUCIANO RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DE DROGAS APREENDIDAS (APROXIMADAMENTE 100 GRAMAS DE COCAÍNA). FRAÇÃO PROPORCIONAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. PENAS SUPERIORES A 4 E INFERIORES A 8 ANOS. REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DAS REPRIMENDAS SUPERIOR A 4 ANOS. *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 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 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.

Na hipótese, verifico que a majoração em 1/6 mostra-se razoável, levando em conta a natureza e quantidade das drogas apreendidas (aproximadamente 100 gramas de cocaína), e, sobretudo, em virtude dos limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Precedentes.

3. Os fundamentos utilizados pela Corte estadual para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pela quantidade e natureza de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte.

Ademais, para se acolher a tese de que os pacientes não se dedicam a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*. Trata-se de hipótese diversa daquela tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. A quantidade e/ou natureza de drogas apreendidas constitui elemento idôneo para justificar a imposição de regime mais gravoso, de acordo com o disposto no art. 42 da Lei de Drogas e no art. 33, § 3º, do CP e em consonância com o entendimento desta Corte.

In casu, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, embora a primariedade dos pacientes e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados pela Corte estadual revelam que as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza de drogas apreendidas, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

6. A fixação das penas privativas de liberdade em patamar superior a 4 anos impede as suas substituições por restritivas de direitos (art. 44, I, do 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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Ausente, justificadamente nesta assentada, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 20/06/2017: DR. CARLOS
HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO (P/PACTES)

Brasília (DF), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.432 - SP (2016/0243900-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO - SP170328
DIEGO MARZOLA DA SILVA - SP305015
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO MARRAN (PRESO)
PACIENTE : LUCIANO RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSE ROBERTO MARRAN e LUCIANO RODRIGUES, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 0002562-19.2015.8.26.0047.

Infere-se dos autos que os pacientes JOSE ROBERTO e LUCIANO foram condenados, respectivamente, à pena de 8 anos de reclusão, e 8 anos e 10 meses de reclusão, ambos em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

Ambas as partes apelaram, tendo o Tribunal de origem, negado provimento ao recurso ministerial e dado parcial provimento aos apelos defensórios para absolver os ora pacientes da imputação relativa ao art. 35 da Lei de Drogas, redimensionando as penas dos acusados José Roberto e Luciano para 5 anos de reclusão e 5 anos e 10 meses de reclusão, respectivamente, mantendo a sentença no mais, em acórdão assim ementado:

Apelações. Denúncia que imputou aos apelantes os crimes previstos nos artigos 33, "caput", e 35, ambos da Lei nº 11.343/06. Sentença que: (i) condenou os réus José Roberto e Luciano pelos crimes previstos no artigo 33, "caput", e artigo 35, "caput", ambos da Lei nº 11.343/06; (ii) condenou a ré Andreia pelo crime tipificado no artigo 35, "caput", da Lei nº 11.343/06, absolvendo-a da acusação referente ao delito de tráfico de drogas. Recursos da acusação e da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal dos réus José Roberto e Luciano pelo delito previsto no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06. Materialidade e autoria comprovadas. 2. Por sua vez, o quadro probatório é insuficiente a evidenciar a responsabilidade penal da acusada Andréia pelo delito de tráfico de drogas. 3. Elementos de prova que também não se prestam a firmar a condenação de todos os acusados pelo crime de associação para o tráfico. 4. No processo penal, cabe ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

órgão acusatório, em vista do princípio da presunção de inocência, demonstrar de forma inequívoca que o réu praticou o fato descrito na denúncia, sem o que o caso será de absolvição, ainda que o acusado nada prove. 5. Inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. 6. Penas dos acusados redimensionadas à luz do novo quadro, cancelando-se a sanção quanto à ré. Recurso do Ministério Público improvido. Reclamos defensivos parcialmente acolhidos (fl. 18).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega que a substância apreendida não era *crack*, e sim cocaína e que não há provas suficientes nos autos para decretar a prisão preventiva dos pacientes.

Sustenta violação ao princípio do *non bis in idem*, em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas serem utilizadas na primeira e terceira fase de dosimetria da pena.

Aduz, ainda, que não há motivos para exasperar a pena-base, pois o aumento foi fundado na natureza da droga, a qual não era *crack*, e sim cocaína. Afirma que a quantidade de drogas apreendidas foi pequena, o que não justifica a vedação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Por fim, alega que as circunstâncias são favoráveis, devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal e ser imposto regime prisional mais brando, com a consequente substituição da pena por restritiva de direitos. Invoca o enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, assim, a redução da pena-base ao mínimo legal e a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, com o consequente abrandamento do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (fls. 59/60), as informações foram devidamente prestadas (fls. 70/72 e 73/76) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 123/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.432 - SP (2016/0243900-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Passo à análise das alegações expostas na inicial tão somente para verificar se existe flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar máximo (2/3), bem como a fixação do regime inicial mais brando para cumprimento de pena, com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os pacientes foram presos em flagrante na posse de aproximadamente 100 gramas de cocaína.

Diante disso, JOSE ROBERTO e LUCIANO foram condenados por tráfico de drogas e associação para o tráfico, tendo o Magistrado de primeiro grau aplicado-lhes a pena, respectivamente, de 8 anos, e 8 anos e 10 meses de reclusão, ambos em regime inicial fechado, conforme se verifica:

Quanto ao tráfico de drogas, a quantidade e a alta lesividade da droga apreendida (aproximadamente 100g de crack), enseja a elevação da pena em 1/6. As demais circunstâncias judiciais dos artigos 42 da Lei 11.343/2006 e 59 do Código Penal não conduzem à exasperação, observado, para ambos, o teor da súmula 444 do STJ. Não há agravantes. A atenuante da confissão de JOSÉ reconduz a pena ao patamar original. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público, para que a confissão funcione como redutor da pena, não há necessidade de que resulte na delação dos coautores, bastando que tenha sido levada em consideração para a prolação de édito condenatório (cf. STJ, HC 306.785/MS, 5ª T., rel. Min. Felix Fisher, 3.3.2015).. Inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena. O acolhimento da pretensão acusatória relativa ao crime de associação ao tráfico impede a aplicação do redutor especial.

Feitas essas considerações, fixo para JOSÉ a pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, e para LUCIANO a reprimenda de 5 anos, 10 meses e 583 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que toca ao crime de associação ao tráfico, as circunstâncias judiciais também não conduzem à elevação. Inexistem agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. Para cada um deles, fixo a pena de 3 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.

Verificado o cúmulo material para os acusados, fixo em desfavor de JOSÉ a pena de 8 anos de reclusão e pagamento de 1.200 dias-multa; para LUCIANO, a reprimenda de 8 anos, 10 meses e 1.283 dias-multa, e para ANDREIA a pena de 3 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa. O valor de cada dia-multa incidirá no mínimo legal, à míngua de indicações seguras sobre as capacidades econômicas dos acusados.

O regime inicial de cumprimento de pena para JOSÉ e LUCIANO será o fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, haja vista a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Nenhuma incongruência há com o patamar da pena, porque as reprimendas foram devidamente elevadas na primeira fase, em atenção à circunstância judicial desfavorável, a saber, quantidade e qualidade da droga. O lapso da prisão provisória não autoriza a fixação de regime mais brando, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, porque ainda não houve a transposição de 2/5 da pena ora fixada, em atenção ao art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90.

[...]

III. Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para condenar: (1) JOSÉ ROBERTO MARRAN, qualificado à fl. 12, no cumprimento de 8 anos de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 1.200 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia, por infração aos artigos 33, caput e 35, ambos da Lei 11.343/2006; (2) LUCIANO RODRIGUES, qualificado à fl. 16, no cumprimento de 8 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 1.283 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia, por infração aos artigos 33, caput e 35, ambos da Lei 11.343/2006; [...]

[...]

Para os demais, obviamente não há se falar em conversão, a teor do art. 44, I, do CP (fls. 48/49).

O Tribunal a quo, por sua vez, deu parcial provimento aos recursos defensórios, absolvendo os pacientes do delito de associação para o tráfico, mantida a sentença no mais, *verbis*:

Subsiste, portanto, quanto a este tema, alguma dúvida, de sorte que a solução absolutória para o delito associativo é de rigor.

6. Diante do que se expendeu, urgem sejam redimensionadas as penas dos acusados José Roberto e Luciano



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Andréia acabou absolvida de ambas as acusações, de sorte que não há pena a ser imposta).

A pena-base do delito de tráfico de drogas foi fixada 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa. E assim dever ser mantida, tendo em conta a natureza das drogas, atentando-se para o elevado potencial lesivo do “crack” para a saúde pública, dado que, incrementando o grau de culpabilidade da conduta, mostra-se apto a majorar a reprimenda (STF, HC nº 96.655, rel. Min. Cármen Lucia; HC nº 107.784, rel. Min. Ricardo Lewandowski; STJ, HC nº 237.837, rel. Min. Laurita Vaz; Hc nº 235.524, rel. Min. Jorge Mussi; HC nº 223.447, rel. Min. Laurita Vaz, HC nº 179.086, rel. Min. Gilson Dipp, entre outros).

Foi reconhecida, na segunda fase, a circunstância atenuante da confissão espontânea, com relação ao acusado José Roberto, de sorte que sua pena foi reduzida para 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa.

[...]

Por sua vez, não é o caso de aplicação da benesse prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.

A quantidade da droga constitui um dado a indicar um envolvimento mais acentuado dos acusados com o tráfico (ainda que não seja suficiente para configurar a associação, tal como tipificada na lei). Além disso, não demonstraram a contento que exercem atividade lícita para satisfazer suas necessidades.

Circunstâncias a desnudar que se cura de pessoas dedicadas às atividades criminosas.

[...]

Deveras, na interpretação do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, há que se atentar para o elemento teleológico, na dicção do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil (FRANCISCO AMARAL, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, págs. 88/89; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, págs. 430/431), vale dizer, no sentido de que o escopo da lei foi de beneficiar com uma sensível redução da pena aquele agente que pela primeira vez se lança no mundo criminoso, cuja conduta não representa um maior perigo para a coletividade, de sorte que a pena reduzida, ainda que considerada a gravidade do tráfico de entorpecentes, afigura-se suficiente para a ressocialização e reprove suficientemente o comportamento. Essa não é, decididamente, a situação dos réus José Roberto e Luciano.

O elevado grau de culpabilidade da conduta, marcado pela quantidade e natureza das drogas constituem dados empíricos a justificar o regime inicial fechado para a pena privativa de liberdade, sem o que não haveria suficiente reprovação e prevenção do crime.

Cenário totalmente incompatível com a substituição a que alude o artigo 44, do Código Penal, benefício sequer compatível com a quantidade da pena.

Por fim, com relação à detração, enquanto dado a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levado em conta no estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mercê do que dispõe o artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, sem razão a defesa.

*Urge proceder-se a uma interpretação sistemática da norma, atentando-se que **o estabelecimento do regime inicial é pautado não somente pela quantidade da pena, mas também pelas circunstâncias do delito (artigo 33, do Código Penal)**. Nessa ordem de ideias, o dispositivo em tela somente deve ser aplicado em segunda instância quando a fixação do regime inicial tenha sido feito apenas com base no “quantum” da pena.*

[...]

Por outro lado, contudo, escolhido regime gravoso em virtude da reincidência, dos maus antecedentes, da gravidade concreta do crime etc., sem nenhuma consideração da quantidade da pena, não tem aplicação o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, criado para fim de aproveitamento, na determinação daquele, do tempo de prisão cautelar cumprido pelo réu.” (ED nº 0041630-71.2011.8.26.0577/5000, rel. Des. Renê Ricupero).

*Não foi o que aconteceu no caso vertente, porquanto **o regime inicial fechado veio assentado no grau de censurabilidade da conduta.***

Neste cenário, a detração constitui fator a ser considerado para fins de progressão no juízo da execução.

*7. Ante o exposto: (i) nego provimento ao recurso ministerial; [...] (iii) **dou parcial provimento aos apelos dos corréus José Roberto e Luciano para absolvê-los da acusação referente ao crime tipificado no artigo 35, “caput”, da Lei nº 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Mantida, no mais, a r. sentença (fls. 37/41).***

Na hipótese, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pelas instâncias ordinárias com base na natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, de acordo com o disposto no 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.

Dessa forma, a majoração em 1/6 mostra-se razoável, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de tráfico ilícito de drogas, de 5 a 15 anos de reclusão. Confirmam-se os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 6 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE ELEVADA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRESENÇA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, COM LASTRO NA QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA APREENDIDA. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA CORPORAL SUPERIOR A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **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.**

- **Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que a Corte local conferiu legalidade no afastamento da pena-base do mínimo legal com lastro na quantidade elevada das drogas apreendidas, a saber, 198 gramas de maconha e 91 gramas de cocaína, argumento válido para tal fim, pois em consonância ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.**

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado por não atender o acusado aos quesitos legais, uma vez que possui antecedentes criminais. Ademais, as circunstâncias em que ocorreu o delito também indicam a dedicação às atividades criminosas.

- Inalterada a pena corporal, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois o montante de pena não atende ao requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

- Apesar de o montante da sanção comportar o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso baseia-se na quantidade e na variedade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, embasaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, e nos antecedentes do paciente, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido (HC 312.978/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REPERCUSSÃO GERAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram de maneira adequada o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria, em razão da preponderância do art. 42, da Lei 11.343/06 sobre as circunstâncias judiciais, em razão da natureza e quantidade de droga apreendida (459,6 g de cocaína) (Precedentes).

IV - Por outro lado, o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena. (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - No caso dos autos, o v. acórdão reprochado diverge do atual entendimento do col. STF sobre a matéria, uma vez que considerou a natureza e a quantidade da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria.

VI - Ademais, "descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integrariam organização criminosa. 5. O exercício da função de mula, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa" (STF - HC n. 124.107,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/11/2014).

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para que o eg. Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo, desconsiderando o argumento de que o exercício da função de mula, por si só, comprovaria que ele se dedica a organização criminosa (HC 282.396/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 24/02/2015)

Quanto à causa redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sua aplicação 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, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (aproximadamente 100 gramas de cocaína).

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a quantidade e natureza da droga 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.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O magistrado sentenciante afastou 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 dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar o regime estabelecido em primeira instância. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Na espécie, não há falar em reformatio in pejus, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial fechado, em razão da variedade e quantidade da substância entorpecente apreendida - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções. - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 351.276/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

Ademais, a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação dos pacientes 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.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

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

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a modificação 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.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Noutro ponto, a tese defensiva de que a quantidade e natureza da droga foi utilizada tanto para exasperar a pena base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, não merece prosperar, haja vista que, o entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para **modular** a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DA DROGA QUE, APESAR DE TER JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIU A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIU O SEU RECONHECIMENTO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. OFENSA À PROPORCIONALIDADE. SANÇÃO REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. - **Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada esta última pela quantidade da droga encontrada e pelas circunstâncias em que o delito ocorreu. Precedentes.**

- Inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de o paciente dedicar-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, 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.

- Quanto à pena-base, embora legítima a fundamentação utilizada para sua exasperação, qual seja, a quantidade elevada do entorpecente apreendido, nos moldes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, tendo em vista que foi arbitrado no dobro do mínimo legal, ou seja, em 10 anos de reclusão. Pena-base estabelecida em metade acima do mínimo legal, com lastro na quantidade/nocividade da droga.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Mesmo com a redução da pena corporal para 6 anos e 9 meses de reclusão, o que, a princípio, possibilitaria a fixação do regime inicial semiaberto, deve ser mantido o regime fechado. É que este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade nos delitos de tráfico, ainda mais como no caso em tela, em que tais circunstâncias foram utilizadas na exasperação da pena-base, que, como visto, foi estabelecida acima do mínimo legal com lastro na elevada quantidade/nocividade da droga apreendida. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas do paciente para 6 anos e 9 meses de reclusão e 675 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 386.699/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/4/2017)

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 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.**

3. A quantidade e natureza da droga, bem como a grande quantidade de dinheiro, em notas miúdas, apreendidas em poder do réu, demonstram a gravidade acentuada do delito e justifica a manutenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime prisional mais gravoso (art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 33, § 3º, do CP).

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 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 18/11/2016)

[...] Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e **afastar o redutor** previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - **por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas** - **não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição**, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).

[...] **Não há bis in idem** se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, **deixou de ser aplicada** por integrar o Condenado organização criminosa. **Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...].** (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Da mesma forma, não evidencio ilegalidade na imposição do regime fechado pelas instâncias ordinárias, pois, embora a primariedade dos pacientes e o *quantum* de pena aplicado, superior a 4 e inferior a 8 anos, permitem, em tese, a fixação do regime semiaberto, os fundamentos apresentados revelam que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade e natureza de drogas apreendidas, justificando a imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma.

A propósito, confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO ARTIGOS 33, §2º E §3º, DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), à paciente, condenada à pena inferior a 8 (oito) anos, primária, ostentando condições judiciais desfavoráveis, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar anteriormente deferida (HC 340.833/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/3/2016).

Por fim, no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, observa-se que os pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista que as penas privativas de liberdade restaram fixadas em patamar superior a 4 anos.

Não verifico, portanto, a existência de qualquer flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0243900-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.432 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025621620158260047 20160000643055 25621620158260047

EM MESA

JULGADO: 20/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO - SP170328
DIEGO MARZOLA DA SILVA - SP305015
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO MARRAN (PRESO)
PACIENTE : LUCIANO RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU : ANDREIA DE PAULA MARRAN

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE: DR. CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO (P/PACTES)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do pedido, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas."

Aguardam os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.432 - SP (2016/0243900-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO - SP170328
DIEGO MARZOLA DA SILVA - SP305015
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO MARRAN (PRESO)
PACIENTE : LUCIANO RODRIGUES (PRESO)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **JOSÉ ROBERTO MARRAN** e **LUCIANO RODRIGUES** de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu, em parte, o apelo da defesa para absolver os pacientes da acusação referente ao crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mantida, contudo, a condenação pelo delito de tráfico de drogas, às penas, respectivamente, de 5 anos e 5 anos e 10 meses de reclusão, a serem cumpridas em regime fechado.

Neste *habeas corpus*, os impetrantes sustentam que é manifestamente ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal com fundamento no elevado potencial lesivo do "crack", porque, segundo cópia do laudo definitivo anexo aos autos, a droga apreendida trata-se, na verdade, de cocaína.

Afirmam que o acórdão impugnado incorreu em flagrante *bis in idem* ao valorar a quantidade e a natureza da droga, cumulativamente, para majorar a pena-base e afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM. Defendem, também, que a incidência do redutor é direito subjetivo do acusado quando preenchidos os requisitos legais, e a quantidade de droga não é argumento válido para impedir sua aplicação.

Por fim, alegam deficiência na motivação para o estabelecimento do regime inicial mais severo.

Requerem: a) a fixação da pena-base no mínimo legal; b) a aplicação da minorante e c) o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado, com a consequente substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 59-60).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 123-126).

O em. Relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, votou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ao entendimento de que "a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*", sendo tal hipótese diversa da tratada no ARE n. 666.334/AM. Considerou, ainda, ser razoável a majoração da pena-base em 1/6 com fundamento na natureza e na quantidade da droga, bem como ser válida a definição do regime inicial fechado, diante da aferição desfavorável das circunstâncias judiciais.

Eis o sumário da impetração.

Peço vênica para divergir, em parte, do eminente Relator, **apenas quanto a um dos fundamentos para o não conhecimento do writ.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando ela atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Em relação ao primeiro ponto, a suposta ilegalidade na fixação da pena-base, não identifiquei manifesta ilegalidade imposta aos pacientes para a concessão da ordem, de ofício, como posto pelo eminente Relator.

O acórdão impugnado, substitutivo da sentença condenatória, manteve a pena-base pouco acima do mínimo legal considerando vetor elencado legalmente como preponderante, consubstanciado **na natureza da droga apreendida**, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Conquanto as instâncias ordinárias tenham se equivocado ao fazer menção ao "crack", e, de fato, o laudo pericial tenha dado positivo para cocaína, ambas as substâncias possuem idêntico princípio ativo, razão pela qual o aumento da reprimenda inicial em 1/6 está devidamente justificado no alto poder nocivo dos entorpecentes apreendidos.

A propósito:

[...]

2. Nos 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.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, as instâncias antecedentes fixaram a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavorável a natureza altamente lesiva da droga apreendida (cocaína), o que não se mostra desproporcional.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 383.013/SC, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 07/04/2017);

[...]

5. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, suficiente a motivar a exasperação da pena-base a natureza da substância entorpecente apreendida em poder do sentenciado - cocaína.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 275.439/MS, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 02/03/2017).

Quanto ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado, entendo que as alegações trazidas pela defesa não se sustentam, contudo, por razões diversas do eminente Relator.

O Tribunal de origem negou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em decisão assim motivada:

A quantidade da droga constitui um dado a indicar um envolvimento mais acentuado dos acusados com o tráfico (ainda que não seja suficiente para configurar a associação, tal como tipificada na lei). Além disso, **não demonstraram a contento que exercem atividade lícita para satisfazer**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suas necessidades. Circunstâncias a desnudar que se cura de pessoas dedicadas às atividades criminosas.

Cabe salientar que "**a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas**", para os fins a que alude o citado artigo de lei (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). Na realidade, a qualificação do agente como pessoa dedicada às atividades criminosas - situação que afasta a incidência da causa de diminuição de pena estampada no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/11 - pode vir assentada na prova indiciária, tal como esta se acha definida no artigo 239, do Código de Processo Penal, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado (artigo 155, do Código de Processo Penal), não se exigindo prova direta desta circunstância, sob pena de inviabilização da repressão penal a este tipo de delito, dada a dificuldade de se obter uma prova deste tipo (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Consoante salientado pelo Ministro Luiz Fux, em passagem bastante elucidativa de seu voto, "os criminosos não circulam com uma 'carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas'" (grifo nosso).

Como se verifica do excerto acima transcrito, o Tribunal de origem concluiu pela habitualidade delitiva dos pacientes levando em conta **a falta de comprovação de emprego lícito e a quantidade de droga apreendida.**

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.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/08/2015).

In casu, malgrado a ausência de ocupação lícita, por si só, seja insuficiente para se presumir a dedicação do agente a atividades criminosas, a quantia significativa de dinheiro localizada na residência (R\$ 3.500,00) sem origem definida, aliada a quantidade de droga apreendida, evidenciam a habitualidade dos pacientes no comércio ilícito de entorpecentes.

No mesmo sentido:

[...]

- Na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao destacar que a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e a quantia de dinheiro encontrada em poder da paciente, que, inclusive, não demonstrou ocupação lícita, são circunstâncias que permitem concluir que há dedicação às atividades ilícitas.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para, confirmando a liminar deferida, modificar o regime de cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena para o inicial semiaberto.

(HC 393.402/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/05/2017);

[...]

1. 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.

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento 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.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou a compreensão de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da reprimenda, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa, sob pena de incorrer-se no inadmissível *bis in idem*.

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1390118/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/05/2017).

Ademais, segundo se infere do acórdão impugnado, há registros de diálogos interceptados, cujo compartilhamento foi devidamente deferido, nos quais se comprova a participação de José Roberto Marran no comércio ilícito de drogas, meses antes da prisão em flagrante nessa ação penal. E, o paciente Luciano Rodrigues, como ele mesmo confirmou em interrogatório judicial, já respondeu pelo delito de tráfico de drogas em outra oportunidade.

Com efeito, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que os pacientes fazem do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade reiterada, a modificação 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*.

Outrossim, não há falar em *bis in idem*, **pois**, como visto, **a natureza e a quantidade da droga foram sopesadas em momentos distintos da pena**.

Conforme inúmeros julgados desta Corte, é possível a aferição desfavorável da natureza da droga para majorar a pena-base e a utilização da quantidade na escolha da fração do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 383.339/MS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 14/06/2017; HC 326.468/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 04/04/2017).

Vale lembrar que somente na hipótese de tais circunstâncias terem sido valoradas, **em conjunto e cumulativamente**, na primeira e na terceira fase, o acórdão impugnado estaria em manifesta contradição com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 6/5/2014), o que não ocorreu.

Ressalto por oportuno - *data venia* do entendimento firmado pelo eminente Relator - que, em recente decisão monocrática (HC 143.425/RS, em 10.5.2017), o Ministro Gilmar Mendes, **ao reformar julgado desta Corte**, ratificou a impossibilidade de se sopesar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duplamente a quantidade e a natureza da droga, seja para modular, **seja para negar** a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Vejamos:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor de Erivelto de Alcântara, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial 1.652.550/RS (eDOC 5, p. 1-11).

[...]

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 666.334/AM, 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 n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas. 2. **Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha).** 3. Agravo regimental não provido.” (eDOC 5, p. 1-11).

Inicialmente, sobre o tema, registro que na sessão realizada no dia 19.12.2013, o Plenário do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao *bis in idem*.

Com a pacificação da matéria, o Plenário autorizou os ministros a analisar monocraticamente os pedidos de *habeas corpus* que versem sobre o tema. No presente caso, o TRF da 4ª Região, quando deu provimento ao recurso do Ministério Público (eDOC 4, p. 203-215), levou em consideração a quantidade e a natureza da droga, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, para elevar a pena do paciente, (eDOC 4, p. 290-299), o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Cito, a propósito, precedentes de ambas as Turmas do STF: HC 131.918/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 2.3.2016 e HC 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 14.11.2014. No mesmo sentido: HC 137.901/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.12.2016 e RHC 139.544/MS, por mim relatado, DJe 24.2.2017. Finalmente, ainda sobre o tema, assevere-se que o Plenário desta Corte, em 3.4.2014, ao julgar o ARE 666.334 RG/AM, de minha relatoria, DJe 6.5.2014, por maioria, reputou constitucional a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, mediante acórdão assim ementado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao *bis in idem*. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

Ante o exposto, com fundamento no art. 192, *caput*, do RI/STF, CONCEDO, EM PARTE, A ORDEM para, mantida a condenação e seus efeitos, determinar ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Apelação Criminal 5000659-45.2015.4.04.7017/PR) que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da natureza e quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena [...].

Confirmam-se outros julgados da Suprema Corte no mesmo sentido:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1 kg de *crack*). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade, nessa hipótese, de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. [...] 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14). [...] 5. Ordem parcialmente concedida, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e determinar ao juízo das execuções que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução. (HC 133.752, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, 10-06-2016.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*. 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. [...] 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime. (HC 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 21/10/2014, 14/11/2014).

Quanto ao pedido de alteração do regime prisional, mais uma vez não assiste razão aos impetrantes.

Embora os pacientes sejam primários e a sanção corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a quatro e inferior a oito anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (natureza da droga), nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

[...]

1. Fixada a pena-base pelo crime de tráfico de drogas acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, consistente na quantidade e na natureza da droga apreendida (135 g de maconha e mais de 60 g de cocaína), mostra-se adequada a aplicação do regime inicial fechado à paciente, condenada à pena total de 8 anos de reclusão, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei n. 11.343/2006, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

2. Ordem denegada.

(HC 237.047/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 08/06/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, embora o faça por fundamento, em parte, diverso do eminente Relator.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0243900-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 371.432 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025621620158260047 20160000643055 25621620158260047

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO E OUTRO
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE AFFONSO PINHEIRO - SP170328
DIEGO MARZOLA DA SILVA - SP305015
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE ROBERTO MARRAN (PRESO)
PACIENTE : LUCIANO RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU : ANDREIA DE PAULA MARRAN

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTOU ORALMENTE NA SESSÃO DE 20/06/2017: DR. CARLOS HENRIQUE
AFFONSO PINHEIRO (P/PACTES)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram
com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Ausente, justificadamente nesta assentada, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik