



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.301 - SP (2014/0122192-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/5 DIANTE DA QUANTIDADE DA DROGA. MAJORAÇÃO EM 1/3 PELA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. 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. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.
2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - cerca de 350 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/5 deu-se em razão da expressiva quantidade da droga apreendida e a majoração da pena em 1/3, por sua vez, pela incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, motivos diversos, pois.
4. Não há *bis in idem* em razão da negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto o Juízo de primeira instância negou a incidência da referida benesse não em razão da quantidade de drogas, circunstância já utilizada para a exasperação da pena-base, mas por concluir que o paciente integrava organização criminosa e se dedicava ao tráfico de drogas. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.
5. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, tendo em vista que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente foi também condenado pelos delitos de associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo a reprimenda final alcançado patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.301 - SP (2014/0122192-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por ALTAIR RODRIGUES MARTINS, em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0006828-83.2008.8.26.0114).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nos arts. 33, c.c. o 40, V, e 35, todos da Lei n.º 11.343/2006, bem como no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n.º 10.826/2003, às penas respectivas de 9 (nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 5 (cinco) anos de reclusão e 3 (três) anos de reclusão, a serem cumpridas em regime inicial fechado. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Posto isso, e pelo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a ação e:

(...)

b)condeno Altair Rodrigues Martins, como incurso nos artigos 33, combinado com 40, V, e 35 da Lei 11. 343/06, e 16, § único, IV, da Lei 10.826/2003, respectivamente, às penas de nove anos, oito meses e vinte dias de reclusão, além de 971 dias-multa, cinco anos de reclusão e 1166 dias-multa, e três anos de reclusão, além de dez dias multa, cujo cumprimento inicial dar-se-á em regime fechado, tendo em vista que o montante das penas superou oito anos.

Fixei as penas bases dos crimes previstos na Lei 11.343/06 2/3 acima das mínimas cominadas, em relação a ambos os acusados, tendo em vista que a associação entre eles tinha por escopo o tráfico de **expressiva quantidade de droga**, que inclusive chegou a ser trazida do Estado do Paraná para Campinas por Altair, em poder de quem foi apreendida, motivo pelo qual, no tocante ao delito do artigo 33, a pena ainda foi elevada de 1/3, devido à incidência da respectiva majorante, tornando-as definitivas.

O significativo valor da grande quantidade de maconha apreendida na posse do co-réu Altair é absolutamente incompatível com suas posses, já que informou (fls. 08) ser bombeiro militar no Estado do Paraná; logo, é **obvio que integra organização criminosa que se dedica ao tráfico de droga**, o que afasta a possibilidade da redução de pena prevista no § 4º do aludido artigo 33 (fls. 75/76) (grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado:

(...) as penas devem ser revistas: é que o aumento pela quantidade de droga apreendida e pelo transporte interestadual só cabe a um dos crimes, no caso o de tráfico, e não também para o de associação, cujas sanções voltam aos graus mínimos, estendida a solução ao corréu não apelante, a teor do artigo 580 do Código de Processo Penal, tudo indicando que está cumprida a privativa de liberdade (fls. 511/512), ficando ratificada a expedição de alvará de soltura clausulado exclusivamente em favor de Mário Cardoso.

No tocante ao apelante, as penas mínimas referentes ao tráfico são acrescidas de 1/5, pela enorme quantidade de maconha, e de mais 1/3 pela majorante do artigo 40, V, da Lei Especial, assim se estabelecendo em definitivo, subsistindo no mais a r. sentença proferida pelo digno Magistrado Dr. Caio Ventosa Chaves, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, além destes e dos pertinentes aduzidos pelo Ministério Público, que aqui expressamente se integram.

Inviável, conforme tranqüila jurisprudência desta Câmara, a redução prevista no, artigo 33, § 4º, da referida lei, não só diante do seu artigo 42, mas também da enorme quantidade de droga apreendida, nada menos que 350 quilos de maconha.

Correto o regime carcerário imposto, inicial fechado, a teor da Lei 11.464/07.

Ante o exposto, prejudicada a matéria preliminar, no mérito dá-se parcial provimento à apelação de Altair Rodrigues Alves para reduzir as suas penas, pelo artigo 35 da Lei 11.343/06, a 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, estendendo-se esse efeito do julgado ao corréu Mário Cardoso, ratificada a expedição de alvará de soltura clausulado exclusivamente em seu favor, eis que está cumprida a sua privativa de liberdade; também são reduzidas as penas de Altair, pelo artigo 33 c.c. o 40, V, da lei em epígrafe, para 8 anos de reclusão e 800 dias-multa, no piso, mantidas as referentes ao porte de arma, com determinação, oficiando-se com urgência (fls. 13/15).

No presente *mandamus*, insurge-se o impetrante, em síntese, contra a exasperação das penas cominadas, alegando que foram fixadas acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, o que afrontaria o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Aduz que a pena pelo delito de tráfico "deve ser acrescida apenas uma única vez, em 1/6 (um sexto) pela majorante do artigo 40 e não 1/5 (um quinto) e mais 1/3 (um terço), o que configura o autentico *bis in idem*" (fl. 4).

Ressalta, ainda, que "" a quantidade de droga apreendida deve ser sopesada na primeira fase de individualização da pena, nos termos do artigo 42 da lei 11.343/06, sendo impróprio invocá-la por ocasião da escolha do fator de redução previsto no parágrafo 4º do artigo 33 da mesma lei, sob pena de *bis in idem*" (fl. 5).

Contesta, ainda, a fixação do regime inicial fechado, argumentando que faz jus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao regime mais brando, de acordo com o art. 33, § 2º, do Código Penal, pois a análise das circunstâncias judiciais prevista no art. 59 daquele Estatuto Repressivo lhe seria favorável.

Sustenta, também, que não foi aplicada a causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 por se entender que o paciente integrava organização criminosa, o que não estaria provado nos autos da respectiva ação penal.

Requer a concessão da ordem para anular o acórdão combatido, a fim de que sejam revistos o *quantum* dos aumentos de penas fixados em sua condenação, bem como seja determinado o início do cumprimento de sua reprimenda no regime aberto e a aplicação da causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Cumpre informar que o presente *writ* foi distribuído a minha relatoria por prevenção ao HC n.º 112.616/SP, manejado em favor do corréu Mário Cardoso, o qual julguei prejudicado em 17.2.2011.

Em consulta ao Sistema de Informações Processuais desta Corte, verifiquei que houve, ainda, a interposição, em favor do ora paciente, do RHC n.º 28.942/SP, não provido pela Sexta Turma em 27.3.2012, e do AREsp n.º 382.712/SP, ao qual neguei provimento em 3.9.2013.

Foram prestadas informações às fls. 33/48 e 50/125.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Mario Luiz Bonsaglia, pelo não conhecimento do *writ* (fls. 128/140).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 295.301 - SP (2014/0122192-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/5 DIANTE DA QUANTIDADE DA DROGA. MAJORAÇÃO EM 1/3 PELA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. 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. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SE DEDICAVA AO TRÁFICO DE DROGAS. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - cerca de 350 kg de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/5 deu-se em razão da expressiva quantidade da droga apreendida e a majoração da pena em 1/3, por sua vez, pela incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, motivos diversos, pois.

4. Não há *bis in idem* em razão da negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto o Juízo de primeira instância negou a incidência da referida benesse não em razão da quantidade de drogas, circunstância já utilizada para a exasperação da pena-base, mas por concluir que o paciente integrava organização criminosa e se dedicava ao tráfico de drogas. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

5. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, tendo em vista que o paciente foi também condenado pelos delitos de associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo a reprimenda final alcançado patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Não se vislumbra, *in casu*, manifesto constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, *ex officio*, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a quantidade da substância entorpecente apreendida - cerca de 350 kg de maconha (fl. 71) -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a quantidade da droga apreendida, tanto o Juízo de primeiro grau como o Colegiado estadual entenderam ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

-, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente. Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

Outrossim, não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/5 deu-se em razão da expressiva quantidade da droga apreendida e a majoração da pena em 1/3, por sua vez, pela incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, motivos diversos, pois.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Do mesmo modo, não há *bis in idem* em razão da negativa de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, porquanto o Juízo de primeira instância negou a incidência da referida benesse não em razão da quantidade de drogas, circunstância já utilizada para a exasperação da pena-base, mas por concluir que o paciente integrava organização criminosa e se dedicava ao tráfico de drogas.

Com efeito, eis o que declinou o Magistrado sentenciante:

O significativo valor da grande quantidade de maconha apreendida na posse do co-réu Altair é absolutamente incompatível com suas posses, já que informou (fls. 08) ser bombeiro militar no Estado do Paraná; logo, é **obvio que integra organização criminosa que se dedica ao tráfico de droga**, o que afasta a possibilidade da redução de pena prevista no § 4º do aludido artigo 33 (fl. 76) (grifou-se).

Dessarte, afigura-se inviável a aplicação do aludido redutor, uma vez que tal conclusão - de que o paciente se dedicava ao tráfico de drogas e integrava organização criminosa - não pode ser revista sem o necessário revolvimento no acervo fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*, via angusta por excelência. Na mesma senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

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

2. No caso vertente, não obstante a paciente seja primária e possuidora de bons antecedentes, o juiz sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena com base nas circunstâncias do caso concreto, as quais o levaram a acreditar que ela se dedicava a atividades delituosas, notadamente ao cometimento do narcotráfico.

3. Para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, 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*.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.540/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (...) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

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

(...)

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa denominada Comando Vermelho, 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.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente em relação ao paciente JEFERSON ARILSON DA SILVA PASSOS, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 261.282/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

Do Supremo Tribunal Federal, colho os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO PELO JUÍZO SENTENCIANTE E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. ANÁLISE DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE SER INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

(...)

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

4. A análise da dedicação, ou não, do agente com atividade criminosa demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus. Precedentes: RHC 105.150, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Rel. a Min. Rosa Weber, DJe de 25.09.12.

5. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010.

(...)

9. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo processante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que, afastado o óbice constante do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, verifique se o paciente preenche, ou não, os requisitos necessários à fixação do regime diverso de fechado.

(RHC 121092, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe-088 DIVULG 09-05-2014 PUBLIC 12-05-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, MAS DENEGADA.

1. A não aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 pressupõe a demonstração pelo juízo sentenciante da existência de um conjunto probatório apto a afastar a configuração de alguma das hipóteses descritas no preceito legal (a) primariedade; (b) bons antecedentes; (c) não dedicação a atividades criminosas; e (d) não integração à organização criminosa.

2. No caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de provas colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente se dedicaria à atividades criminosas, em especial à prática do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, revela-se inviável a utilização do habeas corpus para o revolvimento do conjunto fático-probatório, a fim de reexaminar o que decidido pelas instâncias ordinárias.

3. O acórdão impugnado não apreciou os fundamentos invocados na impetração no que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Ordem parcialmente conhecida, mas denegada.

(HC 111607, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

Por derradeiro, é inviável a pretendida alteração do regime inicial, tendo em vista que o paciente foi também condenado pelos delitos de associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo a reprimenda final alcançado patamar superior a 8 anos (14 anos de reclusão), o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** da impetração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0122192-2

HC 295.301 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 006288320088260114 114120080068287 25884 6288320088260114 990103593405

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALTAIR RODRIGUES MARTINS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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 da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.