



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.792 - SP (2014/0218787-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEREMIAS ALVES DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ANDERSON LUIZ DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PACIENTE ANDERSON: IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE GEREMIAS: QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
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 e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Quanto ao paciente ANDERSON, não é possível aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes. No tocante ao paciente GEREMIAS, verifica-se que a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas foi utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem* (HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, do Supremo Tribunal Federal).
4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado com base em elementos concretos dos autos, a saber, a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente GEREMIAS, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

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 do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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 302.792 - SP (2014/0218787-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GEREMIAS ALVES DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ANDERSON LUIZ DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GEREMIAS ALVES DA SILVA e ANDERSON LUIZ DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0073284-71.2012.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram denunciados como incursos no artigo 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/06, por terem, em tese, se associado para fins de tráfico, portando 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha.

Sobreveio condenação à pena de 6 anos de reclusão pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

Na aplicação da pena, verificando as diretrizes do art. 59 do Código Penal, fixo-a um pouco acima do mínimo legal, à vista da **quantidade e variedade do entorpecente** (condição significativa para lastimar grande parcela de usuários antigos e novíços): 06 anos de reclusão e pagamento de 600 dias-multa.

Passa-se à análise da aplicação do redutor específico previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas: O referido dispositivo legal trata de requisitos objetivos a serem preenchidos para merecimento da específica causa de redução de pena, especial e não genérica que visa contemplar aqueles que incorreram na conduta criminosa por uma fraqueza passageira, de forma que não estejam envolvidos de maneira estável com o mundo do crime.

Trata-se de uma alternativa dada ao magistrado para adequação da pena imposta levando-se em consideração as diversas formas de participação na atividade criminosa de tráfico de drogas. No caso em tela, os réus foram flagrados na posse de maconha, crack e cocaína em pó, sendo incontroversas a materialidade e a autoria do crime. A quantidade e variedade apreendida, e especialmente a forma de como estava embalada, levam à conclusão inequívoca da finalidade mercantil. É certo que a grande quantidade de drogas, por si só, não afasta o redutor, mas é um indicativo de que o agente faça parte de uma atividade minimamente organizada, com a finalidade da mercancia ilegal, e, por isso, afasta a possibilidade da aplicação do redutor.

Considerando-se que o dispositivo legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 42 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesma Lei, apesar da primariedade dos réus, incabível a aplicação do redutor, **tendo em vista a significativa quantidade do entorpecente e o inegável envolvimento com traficantes e com a atividade comercial.** Vale dizer, o comportamento dos dois deixou a convicção de que, a bem da verdade, atuavam no comércio de drogas.

Regime inicial fechado. Justifico. A questão envolveu **muitas porções de variados entorpecentes**, o suficiente para levar em desgraça vários usuários e respectivas famílias. Com isso os réus não pareceram se importar. É grave o crime; é penosa a condição do adicto, é lamentável o quanto o tráfico fomenta outros delitos. A resposta da justiça precisa ser enérgica, na tentativa de salvaguardar algumas vidas e repreender a conduta do acusado que trafica. Por isso, atenuar as consequências legais, para quem voluntariamente quis contribuir para tamanha tragédia, é seguir na contramão da cidadania.

Os réus não merecem qualquer benesse: restritiva de direitos, § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06, 'sursis' ou recurso em liberdade, não obstante Resolução 5/12, do Senado Federal. Situação diferente os animaria a repetir a conduta, como se tem observado em casos análogos, quando a permissividade aconteceu - isso deve ser evitado e urgentemente impedido, em salvaguarda dos direitos das pessoas de bem que vivem nesta metrópole (fls. 28/30) (grifou-se).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, em acórdão assim fundamentado:

A imputação é a de que os réus traziam consigo, guardavam e transportavam 49 invólucros plásticos contendo cocaína (49 gramas), 69 porções de crack (24,15 gramas) e 26 "trouxinhas" de maconha (60,32 gramas) para entregar a terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentada, e de que estavam associados para tanto.

A materialidade do delito de tráfico está demonstrada pelo laudo de exame químico toxicológico, que deu resultado positivo para cocaína e Cannabis sativa L no material apreendido (fls. 143/147).

No auto de flagrante, GEREMIAS permaneceu em silêncio (fl. 09), enquanto ANDERSON admitiu ser o "olheiro" do ponto de venda de drogas (fl. 08). Em juízo, ambos negaram as acusações. GEREMIAS disse que estava no local para comprar entorpecente e ANDERSON contou que procurava por ferro velho, quando foram abordados e injustamente acusados pelos policiais (mídia de fl. 128).

As provas, no entanto, caminham em sentido contrário.

A polícia militar tinha conhecimento de que ocorria o tráfico de drogas na esquina da Avenida Mar Vermelho com a Rua Joaquim Meira de Siqueira. Em patrulhamento de rotina no citado endereço, os milicianos visualizaram quatro pessoas. Foram abordados e revistados, Thiago e Anderson Monteiro nada possuíam de ilícito e foram dispensados.

GEREMIAS estava sentado sobre uma sacola cinza contendo 69 porções de crack, 49 invólucros contendo cocaína e 26 "trouxinhas" de maconha e R\$ 58,00 em espécie, ocasião em que ele, informalmente, admitiu a prática do narcotráfico, enquanto ANDERSON LUIZ contou ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“olheiro” do ponto de venda.

Esse é quadro fático que emana dos depoimentos dos agentes da lei duas fases do procedimento, restando descabidas as objeções defensivas no sentido de questionar a credibilidade desses coesos e harmônicos relatos (fls. 03, 05 e média de fl. 128).

Os próprios réus não reclamaram de conduta desonesta por parte dos policiais (média de fl. 128).

Fosse verdadeira a hipótese de porte para uso próprio, a mesma teria sido imediatamente alegada em solo policial, o que não aconteceu na espécie. Não se trata de interpretação desfavorável do direito ao silêncio, mas sim de uma questão de lógica, tendo em vista que o usuário sempre se apressa em dizer que possui drogas consigo para uso pessoal.

E mais. Caso os milicianos estivessem mal intencionados, com a quantidade de droga apreendida poderiam facilmente incriminar os dois indivíduos que foram liberados, circunstância que reforça a lisura da diligência.

Portanto, é de todo ilógica a tese de má-fé por parte dos policiais militares.

Por outro lado, é bom que se diga, para o reconhecimento do tráfico de drogas não há necessidade de que se apresente na polícia ou em juízo alguém que tenha adquirido a droga, bastando que o acusado pratique uma das condutas previstas no tipo penal.

(...)

De resto, ainda que se aceitasse como verdade, o fato de os agentes serem também usuários de droga não obsta a condenação pelo tráfico de entorpecente, se o crime mais grave resultar demonstrado, como na espécie.

(...)

Em suma, o local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico, a quantidade de droga apreendida, a informal admissão de culpa dos réus aos policiais, e os depoimentos destes amplamente desfavoráveis ao acusados, constituem circunstâncias indicativas do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/06.

De outra banda, não há comprovação segura de vínculo associativo duradouro e estável entre os réus para a prática, reiterada ou não, de tráfico de drogas, que se reclama para a identificação do delito de associação (art. 35 da Lei nº 11.343/06), mas somente de eventual e esporádico acordo de vontades para o comércio ilícito de entorpecentes.

De efeito, embora a boca de fumo fosse conhecida pela polícia, inexistia denúncia anônima apontando que GEREMIAS e ANDERSON LUIZ, reiteradamente, ou não, vendessem entorpecentes no local.

Logo, sem prévias diligências que poderiam pontuar, sem margem de dúvida, o acordo prévio e o vínculo associativo permanente entre eles com a finalidade de praticarem o tráfico de drogas, a absolvição para este delito foi bem decretada.

Irrecusável, portanto, a condenação pelo tráfico.

A pena-base de GEREMIAS foi corretamente fixada 1/5 acima do mínimo em razão da quantidade, da natureza e da diversidade das drogas apreendidas (cocaína, crack e maconha), motivo que, **aliado aos maus antecedentes de ANDERSON LUIZ** (certidão de fl. 122), justifica o aumento de sua pena-base na fração de 1/4, concretizando-se a reprimenda em 06 anos e 03 meses de reclusão, e pagamento de 625 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A dupla vinha se dedicando a atividades criminosas, pois ninguém se inicia no ilícito comércio de drogas trazendo consigo **mais de 100 gramas de três espécies distintas de substância estupefaciente (o fornecedor de tóxico não confia entorpecente nessa quantidade a vendedor desconhecido ou inexperiente)**, fato que impede o reconhecimento da causa de redução de pena.

Desaconselhável a aplicação de penas alternativas.

Os réus estão envolvidos com o tráfico de entorpecentes, delito grave que desestabiliza a ordem social, uma vez que fomenta a prática de outros crimes para a manutenção do próprio negócio e também do vício adquirido pelos usuários. Além disso, causa dano e risco à saúde pública, obrigando gastos públicos com o tratamento dos consumidores. De qualquer maneira, a concessão de penas alternativas é verdadeiro incentivo ao traficante, que deixa de atuar em pontos marginais e passa a comercializar o entorpecente diretamente em estabelecimentos de ensino, repartições públicas, parques e clubes, exatamente os núcleos sociais que a lei visa proteger.

De resto, é indubitoso que não se pode ter como boas a conduta social e a personalidade de agentes que comercializam **maconha, cocaína e crack**, estes últimos de efeitos amplamente mais nefastos aos consumidores causando rápida dependência, circunstâncias indicativas da **gravidade concreta do delito** praticado pelos réus, sendo que a imposição de regime que não o inicial fechado, não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência da repressão, que orientam a aplicação da pena.

(...)

Ante o exposto, negaram provimento às apelações defensivas e deram parcial provimento ao reclamo ministerial para fixar em 06 anos e 03 meses de reclusão, e pagamento de 624 dias-multa a pena de ANDERSON LUIZ DE SOUZA, mantida, no mais, por seus fundamentos, a r. sentença (fls. 34/41) (grifou-se).

No presente *mandamus*, alegam as impetrantes a ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Argumentam que "a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas não é exacerbada a ponto de ensejar elevação da pena-base sob esta justificativa" (fl. 3).

Asserem que "as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal como a conduta social e a personalidade do agente são favoráveis ao réu Geremias, uma vez que este é primário e de bons antecedentes" (fl. 3).

Afirmam que "no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, igualmente não se encontra fundamentação idônea no decreto condenatório, já que elementos inerentes à própria configuração do delito não podem ser considerados para majoração da pena-base" (fl. 3).

Sustentam, ainda, a ilegalidade da não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 com base no art. 42 da Lei de Drogas com relação ao paciente Geremias, haja vista que "não há qualquer disposição legal que afirme que os requisitos do artigo 42 interferem na aplicação ou não do redutor" (fl. 4).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defendem que os pacientes fazem jus a iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto e, caso seja aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao paciente Geremias, deve-lhe ser concedido o direito a iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Entendem ser cabível, ainda, "se reconhecido e aplicado o redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 ao réu Geremias, a substituição da pena corporal imposta por penas restritiva de direitos" (fl. 14).

Requerem, liminarmente, seja expedido alvará de soltura em favor dos pacientes. No mérito, pretendem "a redução da pena-base ao mínimo legal, a aplicação da maior fração de redução no tocante ao tráfico privilegiado bem como a fixação de regime menos gravoso" (fl. 18).

A liminar foi indeferida às fls. 49/51.

Foram prestadas informações às fls. 64/96 e 99/131.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Luciano Mariz Maia, pela "parcial concessão da ordem requerida, para que seja corrigida a dosimetria da pena com relação ao réu GEREMIAS ALVES DA SILVA, nos termos expostos no parecer" (fls. 132/135).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 302.792 - SP (2014/0218787-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PACIENTE ANDERSON: IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PACIENTE GEREMIAS: QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
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 e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Quanto ao paciente ANDERSON, não é possível aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes. No tocante ao paciente GEREMIAS, verifica-se que a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas foi utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem* (HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, do Supremo Tribunal Federal).
4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado com base em elementos concretos dos autos, a saber, a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente GEREMIAS, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Foram adotados elementos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha (fl. 20) -, 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 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 e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

variedade das drogas apreendidas, 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 -, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

No que tange à possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena, mister sublinhar, que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Quanto ao paciente ANDERSON, não é possível aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, tendo em vista que o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes, consoante reconheceu a Corte de origem (fl. 38), o que configura óbice à concessão da benesse.

Com efeito, esta Corte consolidou o entendimento no sentido de que a existência de maus antecedentes justifica a negativa da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA. PENA- BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 recurso especial.

2. O habeas corpus, como é cediço, não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do writ 3. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, com arrimo nas provas e fatos constantes dos autos, que o delito de tráfico ilícito de entorpecentes restou plenamente caracterizado. Para se chegar a conclusão diversa, atendendo-se à pretensão de desclassificação, seria necessário proceder à análise do conjunto fático-probatório amealhado ao feito, o que não se admite em sede de habeas corpus, via angusta por excelência.

4. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 19,44 g de cocaína e 171,92 g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06), bem como a existência e maus antecedentes. À luz do art.

64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

5. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 296.899/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. DESCABIMENTO. PACIENTE QUE POSSUI MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PREJUDICADO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. SANÇÃO DEFINITIVA SUPERIOR A 04 ANOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenada à pena de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porque presa em flagrante no dia 08/03/2010, com 1,93g de crack.

4. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, apreciar os pedidos de absolvição e de desclassificação da conduta de tráfico ilícito de drogas para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório. Precedentes.

5. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da qualidade da droga apreendida (crack), bem como pelo fato de a Paciente possuir maus antecedentes.

6. São requisitos para que o Paciente faça jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

7. A Corte de origem concluiu que a Paciente possui maus antecedentes, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante, pois não estão preenchidos conjuntamente todos os requisitos legais.

8. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, incidem na espécie as regras previstas no art. 33, § 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, de modo que é cabível o regime inicial fechado.

9. Permanecendo inalterada a pena fixada para a Acusada, resta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejudicada a análise do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, já que a sanção definitiva excede a 04 anos.

10. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 283.548/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

No tocante ao paciente GEREMIAS, verifica-se que a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas foi utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Dessarte, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do *ne bis in idem*, haja vista que a mesma circunstância foi utilizada em duas fases da dosimetria, ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

Mister destacar que não se olvida o entendimento reiteradamente adotado por esta Corte no sentido de que seria plenamente possível a utilização da quantidade e/ou natureza da droga apreendida como fundamento para exasperar a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, e, ainda, na terceira fase, para fins de a eleição do *quantum* de redução pela aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (v. g., HC n.º 229.691/MG, de minha relatoria, DJe 17.12.2013; AgRg no REsp n.º 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20.11.2013; AgRg no AREsp n.º 300575/SE, Ministra Marilza Maynard, DJe 13.9.2013).

Ocorre que, em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

Confira-se, por oportuno, a notícia publicada no Informativo n.º 733/STF, de 16 a 19 de dezembro de 2013:

(...)

Caracteriza *bis in idem* considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. Essa a orientação do Plenário que, em face de divergências entre as Turmas quanto à interpretação e à aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006, tivera a questão jurídica controvertida submetida à sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciação (RISTF, art. 22, parágrafo único).
(...)

Dessarte, em meu sentir, ainda que a decisão proferida pela Suprema Corte não seja dotada de caráter vinculante, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena, deve ser abandonado o posicionamento que vinha sendo perfilhado por este Sodalício, a fim de se reconhecer a existência de *bis in idem* em razão da utilização dos mesmos fundamentos para majorar a sanção corporal em mais de uma etapa da dosimetria.

Com efeito, no momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso *bis in idem*.

No mesmo diapasão:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E QUALIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. POSIÇÃO DO PLENÁRIO DO STF.

1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não caracteriza *bis in idem* (HC n. 229.691/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; AgRg no REsp n. 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/11/2013).

2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.

3. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1225059/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)

Dessarte, deve o Tribunal de origem proceder à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

No mais, tenho que a imposição do regime inicial fechado foi devidamente fundamentada, razão pela qual não há falar em constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, *in casu*, que as instâncias de origem fixaram o regime inicial fechado em razão da gravidade concreta do delito em comento, destacando a natureza, a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos - 49 g de cocaína, 24,15 g de *crack* e 60,32 g de maconha (fl. 20), substâncias causadoras de efeitos extremamente deletérios.

Com efeito, é este o espírito da Lei Antidrogas, que dispõe:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Nesse diapasão, as instâncias ordinárias entenderam ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto a natureza, a quantidade e a diversidade das drogas demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 6.368/76. APLICAÇÃO RETROATIVA APENAS DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR INTEIRO DA NOVA LEI. POSSIBILIDADE, SE MAIS BENÉFICA AO RÉU. ENTENDIMENTO FIXADO NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 1.094.499/MG). MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI Nº 11.343/06. MAIOR GRAVAME AO PACIENTE. MANTIDA A CONDENAÇÃO PELA LEI Nº 6.368/76. (3) REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO. ADEQUAÇÃO. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) 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 recurso especial.

2. A Sexta Turma, na assentada de 16 de novembro de 2010, no julgamento do HC nº 94.188/MS, deliberou, acompanhando o entendimento firmado pela Terceira Seção, no EResp nº 1.094.499/MG, da Relatoria do Ministro Félix Fischer, aplicar a nova lei, ou seja, a Lei nº 11.343/06, por inteiro, a fatos ocorridos na vigência da lei antiga, dado que o novo regramento, com a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição, trazida a lume no art. 33, § 4º, pode ser mais benéfica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dependendo do caso concreto. Na hipótese em apreço, diante da natureza, quantidade e variedade das drogas apreendidas (70 papélotes de crack, 7 trouxinhas de maconha e 4 porções de cocaína), conforme afirmado pelas instâncias de origem, não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena. De se manter a sanção imposta na condenação em face da Lei n.º 6.368/76, visto que a aplicação integral da Lei n.º 11.343/06 é mais gravosa ao paciente.

3. Condenado o paciente por tráfico da mencionada quantidade e variedade de drogas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não satisfaz a resposta penal, sendo o regime fechado o mais adequado, conforme salientado pela Corte estadual.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 218.845/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 33 DO CP E 42 DA LEI N. 11.343/2006. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min.

Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados foi declarada inconstitucional pelo c. Pretório Excelso, em 27.6.2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei.

- No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu (posse de variada e expressiva quantidade de entorpecentes 19 cápsulas de cocaína e 36 papélotes de maconha), justifica a imposição do regime inicial fechado, bem como inviabiliza a substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 240.443/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. INCABÍVEL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado. Precedentes.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça já firmaram entendimento no sentido de ser possível a concessão de regime diverso do fechado nos crimes de tráfico, avaliadas as circunstâncias inerentes ao caso concreto.

4. Com a publicação da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, foi suprimida a expressão normativa constante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, afastando-se a vedação legal à substituição de pena, devendo a análise dos requisitos para a obtenção da conversão da pena se dar nos termos do art. 44 do Código Penal.

5. A negativa de abrandamento do regime inicial e o indeferimento do benefício da substituição da pena estão justificados em elementos concretos, tendo em vista a quantidade e qualidade dos entorpecentes expostos à comercialização - 20 eppendorfs de cocaína e 29 porções de crack -, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 255.661/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente GEREMIAS, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0218787-2

HC 302.792 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00732847120128260050 20140000334919 732847120128260050

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GEREMIAS ALVES DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: ANDERSON LUIZ DE SOUZA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, 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.