



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.657 - SP (2016/0328453-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTROS**
ADVOGADO : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTRO(S) - SP381857**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DANIEL CLEIBER ZANATTA DA SILVA**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade dos entorpecentes encontrados, assim como nas circunstâncias da prisão em flagrante, que o paciente é habitual na prática delitiva, a alteração 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. Não há *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a habitualidade delitiva do agente. Precedentes.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 6. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza de droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.657 - SP (2016/0328453-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTROS**
ADVOGADO : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTRO(S) - SP381857**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DANIEL CLEIBER ZANATTA DA SILVA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DANIEL CLEIBER ZANATTA DA SILVA**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado por infração aos arts. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e 180 do CP, respectivamente, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 1 ano de reclusão, em regime aberto.

Em grau recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa e acolheu, em parte, o da acusação para elevar a pena, pelo delito de tráfico de drogas, para 5 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa.

Neste *writ*, os impetrantes alegam que o paciente preenche os requisitos legais para o reconhecimento do tráfico privilegiado. Afirmam que foram consideradas meras ilações acerca da dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes para lhe negar a benesse legal, assim como a quantidade e a natureza da droga apreendida, sendo, contudo, tais circunstâncias, também, sopesadas na primeira etapa da dosimetria, o que é inadmissível segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores. Aduz que o paciente é primário e possui bons antecedentes, sendo cabível na hipótese regime mais brando.

Requerem, assim, a aplicação do redutor no grau máximo ou, subsidiariamente, a aplicação da benesse em seu grau mínimo, bem como a alteração do regime prisional para o semiaberto.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 81-82).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 92-94).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 117-121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.657 - SP (2016/0328453-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTROS**
ADVOGADO : **ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTRO(S) - SP381857**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DANIEL CLEIBER ZANATTA DA SILVA**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. 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 integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pela instância ordinária, com fulcro na quantidade dos entorpecentes encontrados, assim como nas circunstâncias da prisão em flagrante, que o paciente é habitual na prática delitiva, a alteração 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. Não há *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a habitualidade delitiva do agente. Precedentes.

5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 6. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza de droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal estadual, ao prover o apelo ministerial para elevar a pena imposta ao paciente, assim fundamentou sua decisão:

De fato, o expressivo volume de entorpecente localizado e apreendido (em poder do acusado e em sua casa, juntamente com outros petrechos usualmente empregados no preparo de drogas para o comércio varejista), se fracionado proporcionalmente àquelas porções já individualizadas, totalizariam cerca de trezentas e vinte e sete, sem contar as demais substâncias que normalmente são adicionadas para aumentar o seu volume, as quais, se sabe, comumente são vendidas por R\$ 10,00 ou R\$ 15,00, cada, o que, a toda evidência, demanda maior rigor na fixação das básicas, razão pela qual ficam majoradas de 1/6, perfazendo, então, cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa, assim concretizadas diante do inevitável afastamento da redução inadvertidamente concedida com esteio no § 4º, artigo 33, da Lei de Drogas, também reclamado pelo i. representante do *parquet*.

É que, na espécie, sua aplicação era de todo descabida, nada obstante se trate de réu primário e sem antecedentes. É que, diante da quantidade de entorpecente apreendido e do contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante, infere-se que não agia pela vez primeira ou de modo excepcional, mas, ao contrário, que fazia da mercancia seu meio de vida, reiterado e habitual, evidenciando o seu inegável envolvimento com atividade criminosa (realçada pela posse de veículo produto de crime), notadamente com traficantes de maior porte, seus fornecedores ou patrões, tudo a indicar que deve ter prevalecer, na hipótese, o estatuído no artigo 42 da lei em tela.

Ademais, vale lembrar, referida causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas. Sua aplicação, porém só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no § 4º do artigo 33 da lei em comento, o que, como já destacado, não se verifica no caso em tela.". (e-STJ, fls. 72-73).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que os condenados pelo crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, 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, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, a instância antecedente afastou a incidência da minorante, por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do agente, pois, além da **quantidade das drogas apreendidas** - 52 ampolas de cocaína (18,85g), 1 porção de cocaína (2,08g) e mais 2 porções da mesma droga (99,85g) -, o **paciente estava na posse de veículo furtado** e de **petrechos destinados a preparação e comercialização da droga** (01 balança de precisão, 01 peneira, 01 prato e 01 colher).

Cito a propósito o trecho em do acórdão impugnado, no que se refere à prisão em flagrante do paciente:

"Reza a inicial que, no dia 22 de fevereiro de 2009, por volta das 05h, Maurício Sato Pereira teve seu veículo Ford/Fiesta, chassi 9BFZF10A488071435, placas DSQ 5098, Peruíbe/SP, furtado na cidade de Ilha Comprida, por pessoa até o momento não identificada, após o que o carro teve suas placas originais substituídas pelas de número EDS 0253 Peruíbe/SP (vide documento de fl. 20). Em seguida, Daniel, sabedor da origem ilícita do automóvel e de que ele ostentava placas "clonadas", adquiriu-o em proveito próprio passando, então, a utilizá-lo no transporte de drogas nesta cidade de Sorocaba/SP. Ocorre que, no dia 23 de abril de 2009, guardas municipais, realizando patrulhamento de rotina nas imediações da rodoviária, avistaram o veículo em questão, no qual se encontravam três acusados, parado próximo a duas pessoas de forma suspeita, sendo que Daniel, que estava ao volante, ao notar a presença da viatura, sendo que Daniel, que estava ao volante, ao notar a presença da viatura, evadiu-se em alta velocidade. Após perseguição, os guardas conseguiram aborlar o Ford/Fiesta e levaram a efeito revista pessoal em seus integrantes [...]. Em revista efetuada no automóvel, foram encontradas 52 (cinquenta e duas) ampolas contendo cocaína, e outra porção separada da mesma substância, embaladas em plástico; também foram apreendidos 04 (quatro celulares) de marcas diversas e a quantia de R\$ 110,00 (cento e dez reais) em dinheiro no console do veículo. Os guardas verificaram, ainda, através da numeração do chassi, que o veículo Ford/Fiesta utilizado pelos acusados ostentava placas "clonadas", bem como era produto de furto na cidade de Ilha Comprida/SP. Em diligências na casa de Daniel, foram encontrados em seu quarto 02 grandes porções de cocaína, também embaladas em plástico; no mesmo local, foram apreendidos 01 (uma) balança, 01 (uma) peneira, 01 (um) prato e 01 (uma) colher, utilizados na divisão dos entorpecentes, além da quantia de R\$ 215 (duzentos e quinze reais) em dinheiro. O laudo de constatação de fl. 26



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restou positivo para cocaína (sic)". (e-STJ, fls. 66-67).

Assentado pela instância antecedente, soberana na análise dos fatos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o 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 a existência de eventual coação ilegal.

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida.

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015.)

Impende ressaltar que não obstante a quantidade e a natureza da droga apreendida tenham sido sopesadas na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica o alegado *bis in idem* sustentado pela defesa, pois o fato de o paciente se dedicar a atividades ilícitas se evidencia em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito a propósito o seguinte precedente:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de crack) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. - Habeas corpus não conhecido."

(HC 320176/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016).

Quanto ao regime prisional, não assiste razão aos impetrantes, pois o Tribunal de origem fixou o regime mais gravoso com base nas circunstâncias valoradas negativamente na primeira etapa da dosimetria (natureza e quantidade da droga apreendida – e-STJ, fls. 74).

Convém anotar que a obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Assim, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza de droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.
[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. 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 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).
[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).
[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.
(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0328453-7

HC 382.657 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00157411120098260602 157411120098260602 20130000515272 58409

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO	: ALTAIR PULZ JUNIOR E OUTRO(S) - SP381857
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL CLEIBER ZANATTA DA SILVA
CORRÉU	: PRISCILA PROENÇA CASTRO
CORRÉU	: AMADO TANCREDO DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.