



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.267 - SP (2012/0075737-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE OLIVEIRA F FORTES BALAM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI JUNIO BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O O PACIENTE EXERCIA O TRÁFICO DE DROGAS COMO O SEU MEIO DE VIDA. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *BIS IN IDEM*, DE QUALQUER FORMA, NÃO CONFIGURADO. SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO CONJUNTO DOS HHCC N.ºs 112.776/MS E 109.193/MG, DE RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ZAVASCKI – REAFIRMADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL EM 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, REL. MIN. GILMAR MENDES; REPERCUSSÃO GERAL) – NÃO EVIDENCIADA. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO E ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL PREJUDICADOS. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. PACIENTE QUE ORA ENCONTRA-SE PRESO POR CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA QUE HAVIA SIDO-LHE DEFERIDA, E NÃO MAIS PELO REGIME CARCERÁRIO INICIAL DETERMINADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE IMPONHA A CONCESSÃO DE ORDEM *EX OFFICIO* POR ESTA CORTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual o Paciente foi condenado, relativamente ao crime do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por traficar quase 3 quilogramas de *cocaína* e mais de 300 gramas de *crack*.

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: 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 as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente exercia o tráfico como meio de vida –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. "*Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional*" (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

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

7. Não persiste o interesse jurídico em ver abrandado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos se o Paciente encontra-se preso por conversão da pena alternativa que havia sido-lhe deferida, e não mais pelo regime carcerário inicial determinado ou pela substituição inicialmente vedada. Prejudicialidade pela alteração da situação fática.

8. Ausência de ilegalidade flagrante que imponha a concessão de ordem de *habeas corpus ex officio*.

9. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.267 - SP (2012/0075737-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE OLIVEIRA F FORTES BALAM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI JUNIO BARBOSA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* originário, com pedido liminar, impetrado em favor de DAVI JUNIO BARBOSA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (apelação n.º 0036100-23.2010.8.26.0577), assim ementado (fl. 45):

"Tráfico de drogas e posse irregular de munição de arma de fogo. Conjunto probatório suficiente para a manutenção da sentença. Depoimentos de policiais, de testemunhas presenciais e apreensão de drogas e munições.

Elementos suficientes a ensejar a condenação. Ausência de elementos a desmerecer os relatos das testemunhas. Suficiência para a procedência da ação penal. Condenação mantida.

Pena. Redução da pena-base. Impossibilidade. Quantidade considerável, diversidade e grau de lesividade das drogas, assim como condições desfavoráveis em relação à personalidade do agente que justificam o aumento acima do mínimo legal. Aplicação do contido no art. 42 da Lei de Drogas para a fixação da reprimenda referente ao crime de tráfico.

Impossibilidade de aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da lei nº 11.343/06, em face de comprovada dedicação do apelante a atividades criminosas. Pretendido afastamento da pena de multa no crime de tráfico de drogas. Impossibilidade.

Constitucionalidade da sanção pecuniária, cominada em 500 dias-multa, adequada à natureza da conduta, sabidamente lucrativa. Substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos. Inviabilidade.

Regime prisional. Imposição do regime prisional fechado por expressa previsão legal contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.464/07. Condições desfavoráveis que impedem a fixação de regime prisional mais brando que o semiaberto para o crime de posse irregular de arma de fogo. Apelo não provido." (grifei)

Requer-se, na presente impetração, em síntese, liminarmente e no mérito, a incidência da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, o estabelecimento de regime inicial menos severo que o fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas privativas de direitos.

Indeferi a liminar às fls. 22/23.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 32/33, acompanhadas de documentos.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 67/69, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.267 - SP (2012/0075737-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE EXERCIA O TRÁFICO DE DROGAS COMO O SEU MEIO DE VIDA. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *BIS IN IDEM*, DE QUALQUER FORMA, NÃO CONFIGURADO. SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO TRIBUNAL PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO CONJUNTO DOS HHCC N.ºs 112.776/MS E 109.193/MG, DE RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ZAVASCKI – REAFIRMADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL EM 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, REL. MIN. GILMAR MENDES; REPERCUSSÃO GERAL) – NÃO EVIDENCIADA. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO E ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL PREJUDICADOS. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. PACIENTE QUE ORA ENCONTRA-SE PRESO POR CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA QUE HAVIA SIDO-LHE DEFERIDA, E NÃO MAIS PELO REGIME CARCERÁRIO INICIAL DETERMINADO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE QUE IMPONHA A CONCESSÃO DE ORDEM *EX OFFICIO* POR ESTA CORTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual o Paciente foi condenado, relativamente ao crime do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por traficar quase 3 quilogramas de *cocaína* e mais de 300 gramas de *crack*.

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: 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 as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente exercia o tráfico como meio de vida –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. "*Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional*" (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

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

7. Não persiste o interesse jurídico em ver abrandado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos se o Paciente encontra-se preso por conversão da pena alternativa que havia sido-lhe deferida, e não mais pelo regime carcerário inicial determinado ou pela substituição inicialmente vedada. Prejudicialidade pela alteração da situação fática.

8. Ausência de ilegalidade flagrante que imponha a concessão de ordem de *habeas corpus ex officio*.

9. *Writ* não conhecido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Preliminarmente, é mister referir que a impetração de *habeas corpus originário* nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia.

No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

Contudo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação majoritária de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial – a despeito do meu posicionamento, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal (vide RHC 118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 05/12/2013; HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, *v.g.*).

Desde então, passei a decidir de acordo com o entendimento majoritário da Turma que componho para – frise-se, com ressalva do meu –, não conhecer de *mandamus* impetrado em substituição a recurso especial, o que farei até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada.

Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade – o que não ocorre na espécie.

No caso, o Paciente foi condenado, relativamente ao crime do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, porque "*guardava e mantinha em depósito 2,912 kg (dois quilos, novecentos e doze gramas) de cocaína em pó; nove invólucros tipo eppendorf contendo 16,220 gramas da mesma substância; e 306,76 gramas divididos em quatro pedras de crack*" (fl. 46).

Quanto à minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, deve ser mantido hígido o entendimento das instâncias ordinárias.

A incidência da referida causa de diminuição foi afastada pelo Juiz Sentenciante sob os seguintes fundamentos (fls. 41/42):

"Preso na posse de grande quantidade de entorpecentes, materiais para embalagem e munições, sem comprovar ocupação lícita, foragido que é, nota-se que faz do crime meio de vida, dedicando-se exclusivamente às atividades criminosas, daí porque não faz jus à atenuante prevista no parágrafo quarto do artigo 33 da Lei 11.343/06." (grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em ratificação a tal entendimento, consignou o Tribunal Impetrado o que se segue (fls. 51/52):

"Com efeito, em que pese não ter o legislador estabelecido critérios para a diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, a sua fixação deverá seguir os moldes das disposições constantes do art. 42 da mesma Lei de Drogas, em que, para a sua fixação, deverá o juiz considerar, em primeiro momento, a quantidade e natureza da droga apreendida, somadas às circunstâncias pessoais descritas no art. 59 do Código Penal. Assim, em face de todo o acervo de provas ficou demonstrado que o tráfico era desenvolvido como meio de vida, ou seja, que o apelante se dedicava exclusivamente às atividades criminosas, condição que afasta a incidência do redutor." (grifei)

Vê-se, da leitura dos trechos acima reproduzidos, que não há ilegalidade, repita-se, a ser reparada na espécie.

Com efeito, são condições para que o Condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º, 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.

Explicita-se: se não estão preenchidas todas as condições legais – como no caso, no qual as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente exercia o tráfico como meio de vida –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. [...].

2. **São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4º, 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 não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.**

3. **As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL".

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 270.931/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25/10/2013 – grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. [...].

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. Ordem denegada." (HC 162.212/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010 – sem grifos no original.)

Outrossim, não é possível afastar a conclusão das instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, o que impescindiria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos – inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando os agentes foram condenados pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em poder dos acusados.

2. Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.

3. Ordem denegada." (HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011 – grifei.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – [...] – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. [...].

2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.

3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver." (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA – Des. convocada do TJ/MG –, DJe de 14/04/2008 – grifei.)

Cabe ressaltar, ainda, *ad argumentandum*, não se constatar, no caso, a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.ºs 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI.

A pena-base do Paciente não foi fixada no mínimo legal. Porém o aumento, no ponto, foi justificado nos seguintes termos (fl. 51):

"[...] o apelante guardava vultosa quantidade de drogas, além de munições, elementos que evidenciam a intensa atividade da traficância de drogas, mostrando-se, dessa forma, adequada a exacerbação na fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

½ (metade)." (grifei)

E, conforme orientação do STF, não há *bis in idem* se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 deixou de ser aplicada por dedicar-se o Condenado à traficância.

No ponto, decidiu a Suprema Corte tão somente o que se segue:

"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." (Informativo STF n.º 733 – grifei.)

Da mesmo mesmo Informativo extrai-se ainda as seguintes ponderações:

"Observou-se que, na primeira fase, dever-se-ia levar em conta algumas circunstâncias, preponderantes ou não, e, mais adiante, dosar-se-ia a redução com base em circunstâncias diferentes, a se evitar o bis in idem. Sem admitir essa interação entre o § 4º do art. 33 e o art. 42, ambos da Lei 11.343/2006, o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, a maior fração a todos os condenados que tivessem jus à redução, a acarretar uma uniformidade de apenamento, em flagrante violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da legalidade, da motivação e da individualização da pena. Pontuou-se que, qualquer que fosse a circunstância utilizada pelo sentenciante (não apenas a quantidade e a qualidade da droga), estar-se-ia considerando, em última análise, o art. 42 da Lei de Drogas. Ponderou-se que essa discricionariedade, juridicamente vinculada, conferida ao magistrado, de definir o momento de sopesar as circunstâncias, seria admitida na jurisprudência do STF. Asseverou-se que as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006 poderiam ser consideradas, alternativamente, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria. Destacou-se que esse critério, além de afastar a ocorrência de bis in idem, prestigiaria o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Por fim, registrou-se que aplicar qualquer fração de diminuição, diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável em sede de habeas corpus."

Vale ressaltar, ainda, que tal orientação foi reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES – repercussão geral), conforme noticiado pelo site oficial da Suprema Corte na internet:

"STF reafirma jurisprudência sobre aplicação da quantidade e natureza da droga na dosimetria"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral do tema tratado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 666334 e, no mérito, reafirmou jurisprudência da Corte no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. A decisão majoritária foi tomada por meio de deliberação no Plenário Virtual do STF, seguindo manifestação do relator do processo, ministro Gilmar Mendes.

De acordo com os autos, o recorrente foi preso em flagrante em julho de 2008, em Manaus (AM), portando 162 g de cocaína e condenado pelo juízo de primeira instância à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa pelo crime de tráfico de entorpecentes (artigo 33 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas). Ao julgar apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ-AM) manteve a sentença e, em seguida, negou a subida do recurso extraordinário ao Supremo. Contra a decisão que inadmitiu a remessa do recurso, o recorrente interpôs o agravo.

No STF, a defesa alegou desproporcionalidade na fixação da pena-base, que teria sido exacerbada “muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância desfavorável”. Sustentou ainda a ocorrência de bis in idem, pois a quantidade e a natureza teriam sido valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, na aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3.

Manifestação

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, explicou que o Plenário, na sessão realizada em 19 de dezembro do ano passado, ao julgar os Habeas Corpus (HCs) 112776 e 109193, ambos de relatoria do ministro Teori Zavascki, firmou entendimento de que, em condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, **a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.** “Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem”, destacou.

O ministro se manifestou pelo reconhecimento da repercussão da matéria e pela reafirmação da jurisprudência do Tribunal, no que foi seguido por maioria. Dessa forma, ele conheceu do agravo e deu provimento ao RE para determinar que o juízo de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

Mérito

De acordo com o artigo 323-A do Regimento Interno do STF, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também pode ser realizado por meio eletrônico." (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264728>; acessado em 14/04/2014 – grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não mais persiste o interesse jurídico da Defesa em ver abrandado o regime prisional e substituída a pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos. Isso porque o Paciente ora encontra-se preso por conversão da pena alternativa que havia sido-lhe deferida, e não mais pelo regime carcerário inicial determinado ou pela substituição inicialmente vedada. Resta, portanto, configurada a prejudicialidade do *writ* em tais pontos, pela alteração da situação fática.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0075737-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.267 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 361002320108260577

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCIANA DE OLIVEIRA F FORTES BALAM
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI JUNIO BARBOSA

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

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.