



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.988 - SP (2016/0263473-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **CARLOS EDUARDO RODRIGUES**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CARLOS EDUARDO RODRIGUES (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE, JUNTAMENTE COM AS ESPECIFICIDADES DO CASO, DENOTAM A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO *NE BIS IN IDEM*. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *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 do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.
- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.
- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada das drogas apreendidas e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes.
- Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de o paciente dedicar-se às atividades criminosas, ante a apreensão de quantidade elevada e variada de drogas (10 barras de maconha, pesando 7,485kg; 6 invólucros de cocaína, totalizando 305,6g; e 6 pedras de crack, pesando 206,2g) e pelas circunstâncias do caso em tela, notadamente agravadas pelo fato de o acusado manter a distribuição de drogas em Barretos e adjacências, até cidades fronteiriças com Minas Gerais, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.
- Inalterada a pena aplicada, o pleito de substituição da pena corporal não merece acolhida, uma vez que o montante da pena 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 n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

– No caso, apesar de o montante da sanção (6 anos e 8 meses de reclusão) comportar o regime inicial semiaberto, o Tribunal consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.988 - SP (2016/0263473-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : CARLOS EDUARDO RODRIGUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício próprio por CARLOS EDUARDO RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000836-47.2015.8.26.0066.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 666 dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas (fls. 33/49). Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal *a quo*, conforme acórdão de fls. 17/32.

No presente *writ*, o impetrante/paciente sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: não há provas suficientes da traficância, a ensejar a necessária absolvição; a exasperação da pena-base foi desproporcional e baseada na quantidade de drogas apreendidas, mesmo fundamento utilizado para afastar o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que configura o vedado *bis in idem*; o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 deve ser aplicado na fração máxima de 2/3, porquanto estão presentes na hipótese todos os requisitos para a aplicação da benesse, uma vez não ter sido demonstrada a dedicação a atividades criminosas ou a participação em organização voltada para o referido fim; uma vez reduzida a pena, deve ser fixado regime inicial mais brando; o paciente/impetrante faz *jus* ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a sua absolvição, a redução da pena, tendo em vista os fundamentos acima expendidos, a fixação do regime inicial mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar indeferido (fls. 65/65).

Informações prestadas às fls. 75/137.

Parecer do Ministério Público opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 141/145).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.988 - SP (2016/0263473-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante/paciente não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à sua defesa, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se, na presente impetração, a absolvição do delito tipificado na denúncia e, de forma subsidiária, a redução da pena aplicada, a fixação de regime mais brando e a aplicação do art. 44 do CP.

De pronto, vale consignar que o pleito defensivo concernente à absolvição não comporta análise na presente via, de cognição sumária, na qual não se permite dilação fático-probatória, ainda mais no caso em tela, em que a sentença (fls. 33/49) e o acórdão recorridos (fls. 17/32) fundamentaram adequadamente a condenação, com lastro nas provas produzidas em contraditório judicial.

Nessa linha, destaco:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida absolvição do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. (HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) - grifei.

Prosseguindo, quanto à redução da sanção aplicada, sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Vale ressaltar que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade e a conduta social do agente.

Por outro lado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Nesse ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de *bis in idem*.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O aumento da pena-base em 1/3, com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos e nos maus antecedentes, mostra-se razoável. A quantidade de drogas é fundamentação idônea e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP.

3. Os fundamentos utilizados pelo Magistrado sentenciante para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

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

(...)

Habeas corpus não conhecido. (HC 348.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

No caso, o sentenciante fixou as penas do pacientes para o delito de tráfico de entorpecentes, com lastro na seguinte fundamentação (fl. 47):

Nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/2006 e artigo 59 do Código Penal, tendo em vista a relevante quantidade e variedade de droga, além da apreensão de petrechos e razoável quantia de dinheiro, fixo a pena em um terço acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Pelos elementos dos autos, tendo em vista as provas de que o acusado em verdade mantinha a distribuição de drogas em Barretos e adjacências, até cidades fronteiriças do Estado de Minas Gerais o que evidentemente exige organização e dedicação à atividade criminosa ora reconhecida, não faz ele jus à aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tornando-se a pena acima definitiva, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes ou causas de aumento ou diminuição.

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve a sentença, tendo o voto condutor, quanto à dosimetria, assentado que (fls. 123/127):

As penas e regime impostos não comportam alterações.

Nesse respeito, vale dizer que a pena-base do acusado foi corretamente fixada acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de drogas, por conta da natureza e da quantidade de drogas.

Na segunda etapa não houve modificação.

Por fim, na terceira etapa, era mesmo inviável a aplicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas.

A quantidade e variedade de drogas apreendidas, compatíveis com tráfico de entorpecentes em larga escala, indicam que o agente não é “traficante de primeira viagem” (expressão utilizada por Guilherme de Souza Nucci in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas 5ª Edição 91 pág. 372).

Em outras palavras, pelo contexto dos autos, percebe-se que o increpado faz do tráfico meio de vida, dedicando-se a tal atividade criminosa.

Aliás, é pacífico no C. STJ que a quantidade e/ou natureza do entorpecente são critérios válidos para aferir a configuração do “tráfico privilegiado”.

Confira-se:

(...)

Em conclusão, não era mesmo o caso de se aplicar o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na considerável quantidade e variedade das drogas apreendidas, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por outro lado, observa-se que também houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se às atividades criminosas, ante a apreensão de quantidade elevada e variada de drogas (10 barras de maconha, pesando 7,485kg; 6 invólucros de cocaína, totalizando 305,6g; e 6 pedras de crack, pesando 206,2g) e pelas circunstâncias do caso em tela, notadamente agravadas pelo fato de o acusado manter a distribuição de drogas em Barretos e adjacências, até cidades fronteiriças com Minas Gerais, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade/variedade da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento das penas-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 666.334/AM, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

2. **Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha).**

3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1652550/RS, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017) - grifei.

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...).

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 integrarem 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).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 382.657/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017) - grifei.

Por oportuno, inalterada a pena corporal, pois mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal, uma vez que o montante da pena não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que 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.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Tribunal de origem fundamentou o regime mais gravoso nos seguintes moldes (fl. 127):

No que pertine ao regime inicial fechado para cumprimento da pena, é de ser dito que este, de fato, afigura-se como o mais adequado à situação 'in concreto', necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que, a par do quantum da pena imposta, trata-se de delito extremamente grave, que não raro serve como porta de entrada a inúmeras outras condutas delitivas, desvirtuando indivíduos e ameaçando a ordeira sociedade.

E nem se diga que tal imposição se baseou na mera gravidade abstrata do delito. Basta lembrar que o réu tinha em depósito entorpecentes de naturezas variadas, em expressiva quantidade, dentre eles crack, droga dentre as piores espécies que existem. Evidente que sua conduta carece de regime contundente e eficaz a atender ao caráter preventivo e repressivo da pena imposta, o que certamente não seria possível com fixação de regime mais brando ou com a substituição da reprimenda.

Pela leitura do excerto acima transcrito, infere-se que o Tribunal local fundamentou adequadamente a necessidade da fixação do regime mais gravoso, ao destacar que a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos (7,485kg de maconha, 305,6g de cocaína e 206,2g de crack), as quais, inclusive, fundamentaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal, enseja uma maior repressão estatal, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Assim, inexiste coação ilegal a ser sanada, uma vez que esta Corte tem decidido que, em se tratando do delito previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, variedade e espécie dos entorpecentes apreendidos podem motivar o estabelecimento do regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

3. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

(...)

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em elementos concretos dos autos, a saber, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 59 pinos de crack, 138 porções de maconha e 9 invólucros de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 371.857/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ensejar a atuação *ex officio* desta Corte, **não conheço do habeas corpus**, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0263473-2

HC 373.988 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00008364720158260066 20160000527877 3002015 373988 8364720158260066

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CARLOS EDUARDO RODRIGUES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CARLOS EDUARDO RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	: LUIS GUSTAVO FENTANES DA CUNHA
CORRÉU	: RICARDO DE SOUZA SANTOS

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.