



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.097 - SP (2015/0105424-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ALCEIR RODRIGUES BOY**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALCEIR RODRIGUES BOY (PRESO)**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 ou de revisão criminal, 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. Considerando a expressiva quantidade de droga (quase 210kg de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a alegada violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.

3. 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.

4. Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante caso evidenciem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

5. Não há *bis in idem* quando a Corte *a quo*, embora tenha sopesado a quantidade e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela integração do paciente a organização criminosa, com base nas circunstâncias fáticas do delito, afastando o redutor da art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização 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*. Precedentes.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.
Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.097 - SP (2015/0105424-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ALCEIR RODRIGUES BOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALCEIR RODRIGUES BOY (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso impetrado por **ALCEIR RODRIGUES BOY**, em favor próprio, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena total de 22 (vinte e dois) anos, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais 3.360 (três mil, trezentos e sessenta) dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos c/c o art. 40, V, todos da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão mais 2.799 (dois mil, setecentos e noventa e nove) dias-multa.

Irresignada, a defesa ajuizou revisão criminal, contudo, julgada improcedente pelo Tribunal *a quo*.

Nos autos do HC 286.263/SP, foi cassado o acórdão que julgou a apelação e, assim, foi determinado novo julgamento com a prévia intimação da Defensoria Pública.

Reapreciado o apelo defensivo, foi-lhe dado parcial provimento para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico e reduzir a pena pelo crime de tráfico originalmente imposta para 11 (onze) anos e 8 (oito) meses, em regime fechado, mais 1.166 (mil, cento e sessenta e seis) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Neste *writ*, sustenta o impetrante fundamentação inidônea da pena-base, pois teria sido fixada de modo desproporcional.

Assevera, ainda, hipótese de incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, uma vez que estariam presentes os requisitos legais.

Pugna pela concessão da ordem para que seja redimensionada a pena nos termos da irresignação impetrada.

Sem pedido liminar.

Informações prestadas (e-STJ, fls. 32-62).

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública requereu a concessão da ordem de ofício e, subsidiariamente, a remessa dos autos para a Corte de origem para autuação do feito como revisão criminal (e-STJ, fls. 66-67).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, com recomendações (e-STJ, fls. 72-80).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.097 - SP (2015/0105424-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ALCEIR RODRIGUES BOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALCEIR RODRIGUES BOY (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO AGENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 ou de revisão criminal, 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. Considerando a expressiva quantidade de droga (quase 210kg de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas e a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a alegada violação do art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.

3. 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.

4. Na falta de indicação pelo legislador de balizas para o *quantum* de redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição do patamar de redução ou, até mesmo, no impedimento da aplicação da minorante caso evidenciem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.

5. Não há *bis in idem* quando a Corte *a quo*, embora tenha sopesado a quantidade e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela integração do paciente a organização criminosa, com base nas circunstâncias fáticas do delito, afastando o redutor da art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização 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*. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

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 ou de revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

O Tribunal de origem, ao reformar a dosimetria penal, consignou os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 59-60):

"É certo que o apelante ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo que a elevada quantidade de droga e a audácia da empreitada criminosa, - demonstradoras de alto grau de organização criminosa -, recomendavam a fixação da básica em patamar superior ao mínimo legal.

No entanto, sem embargo do entendimento do i. juiz sentenciante, exagerada a opção inicial de 12 (doze) anos de reclusão, mais 1.200 (hum mil e duzentos) dias-multa. Suficiente o estabelecimento da básica no dobro do patamar mínimo: 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 1.000 (hum) mil dias-multa.

E a causa de aumento de pena descrita do artigo 40, inciso V, da Lei Antidrogas restou configurada. O próprio réu admite que saiu do Estado do Mato Grosso do Sul, e foi abordado na cidade de Avaré, em São Paulo, transportando a maconha. Pela incidência da agravante a pena deve ser acrescida em 1/6, situada a pena final em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 1.166 (hum mil, cento e sessenta e seis) dias-multa, piso mínimo.

Não há falar no reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois, como se sabe, "A confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se dá de forma completa, a fim de se prestigiar a sinceridade do infrator, pois, em hipótese contrária, inexistente verdade total da dinâmica da ocorrência penal" (RJDTACRIM 31/84), o que, in casu, não ocorreu.

Também não se cogita de aplicação do artigo 41, da Lei Federal nº 11.343, de 2006 (delação premiada), uma vez que o apelante apenas confessou a traficância, não fornecendo nenhum detalhe sobre o destino do entorpecente. Tampouco apontou ele, com eficácia, todos os coautores e partícipes do tráfico.

De outra parte, o réu se retratou, em Juízo, e disse ser inverídica a versão que ele apresentou no caderno inquisitório, quando apontou Geferson como o proprietário da droga.

Tampouco há como aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas. A grande quantidade de droga apreendida com o apelante é indicativa de que ele fazia parte de organização criminosa."

No que se refere à pena-base, destaca-se que individualização da pena, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No caso em apreço, verifica-se que a instância ordinária ressaltou a expressiva quantidade de droga (quase 210kg de maconha) como circunstância judicial preponderante, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Ao considerar que a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão, não se identifica a apontada ofensa ao art. 59 do CP, porquanto apresentados elementos idôneos aptos a justificar o aumento da reprimenda, na primeira fase.

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. (4.272 KG DE COCAÍNA). PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base em 2 anos de reclusão, em razão da quantidade de drogas apreendidas (4.272 kg de cocaína), pois é fator preponderante a ser considerado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2003.

2. Não prospera a alegação da Defensoria Pública da União, repetida em diversos outros processos nos quais atua, qualquer que seja a quantidade de drogas de que cuide o processo, de que a quantidade de entorpecentes seria ínfima, porque normalmente são apreendidas toneladas de drogas, ou de que a pena seria desproporcional em relação às reprimendas estabelecidas em outros processos, nos quais foram os traficantes surpreendidos com mais de 100 kg de drogas.

3. A proporcionalidade da pena é aferida a partir das circunstâncias do caso concreto, e não em face das penas impostas a condenados por delito da mesma espécie, em processos diversos.

4. Ao contrário do afirmado pela defesa, a quantidade de drogas que se vê nas apreensões feitas no dia a dia e que se transformam nas ações penais que chegam a esta Corte Superior, que recebe recursos advindos dos Tribunais Federais e estaduais, é de gramas, e não de toneladas."

(AgRg no AREsp 747.880/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015.)

Por outro lado, nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena diminuída, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, na falta de indicação pelo legislador das balizas para o *quantum* de redução, 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 caso se evidencie a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), decidiu não ser possível a valoração concomitante da natureza e da quantidade da droga, na primeira e na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase da dosimetria, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

Não se desconhece a existência de diversos julgados desta Quinta Turma no sentido de que estaria vedada, apenas, a utilização da quantidade e da natureza da droga para aumentar a pena-base e para a **modular** o percentual de redução. Assim, na hipótese em apreço, seria possível **negar** a redução da pena quando tais circunstâncias revelassem a dedicação do agente ao tráfico de drogas, afastado o suposto *bis in idem* (HC 321.313/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 307.333/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quanto ao consolidado no julgamento do ARE 666.334/MG, como se depreende da ementa a seguir transcrita:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal reputou configurado *bis in idem* na consideração cumulativa da quantidade e da espécie da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, na exasperação da pena-base e no dimensionamento previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Nessa linha, o édito condenatório incide no vício do *bis in idem*.** 3. A quantidade da droga apreendida não autoriza inferir profundo envolvimento do paciente com o tráfico de drogas. Aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos devem ser apreciadas pelo juiz do processo à luz do preenchimento, ou não, dos requisitos dos artigos 33 e 44 do Código Penal. 5. Ordem parcialmente concedida para que o magistrado de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, mediante a consideração não cumulativa da circunstância ligada à quantidade da droga apreendida e a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar que reputar necessário à repressão e prevenção do crime." (HC 123168, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014, Processo eletrônico DJe-224 Divulg 13-11-2014 Public 14-11-2014, grifo no original.)

A seguir, excerto do referido julgado a confirmar a identidade das situações em análise:

"Em 04.4.2014, a matéria foi objeto de nova apreciação por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral no ARE 666.334/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, tendo sido reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Na espécie, o magistrado de primeiro grau e a Corte de Apelação, na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei 11.343/06, c/c o art. 59 do Código Penal, apontaram o vetor para fixar a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, a quantidade da droga. Efetuada a redução da pena-base, pela Corte Estadual, para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, lastreada na valoração negativa da circunstância em comento (5.033,70g de maconha).

Da mesma forma, o Juízo de origem e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inobstante consignado nos autos não ser o réu reincidente, reputaram inaplicável a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, diante da peculiaridade concreta do caso, em especial, a quantidade da droga.

Como se depreende dos excertos transcritos, a dosimetria da pena foi realizada com dupla ponderação da quantidade da droga encontrada em poder do paciente, em sentido diverso do sufragado por esta Suprema Corte."

Esse entendimento, inclusive, foi reiterado em recentes decisões monocráticas: ARE 930.718/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17/12/2015; ARE 913.277/RS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 1º/10/2015.

Na hipótese dos autos, em que pese ter a Corte *a quo* sopesado a natureza e a quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, não se percebe a ocorrência de *bis in idem*, visto que concluiu, motivadamente, pela integração do paciente em organização criminosa, não só pela quantidade das drogas apreendidas (quase 210kg de maconha), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, sobretudo diante da audácia da empreitada criminosa a demonstrar o alto grau de organização.

A propósito, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA REFERIDA LEI. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas - 709,1 kg de cocaína - justificam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. A dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada ao agravante.

3. Não obstante o acusado fosse tecnicamente primário ao tempo do delito e possuidor de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sob o fundamento de que o transporte da substância entorpecente, naquelas circunstâncias e mediante a contratação prévia de vários outros indivíduos para a prática do tráfico de drogas, não se compatibilizaria com a posição de quem não se dedica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com certa frequência e anterioridade, a atividades delituosas, no seio dos objetivos de uma organização criminosa. De fato, não se mostra razoável admitir que alguém preso com elevada quantidade de drogas (mais de setecentos e nove quilos de cocaína) ostente a condição de traficante eventual, de modo a ser merecedor do benefício em questão.

4. Para afastar a conclusão de que o agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do habeas corpus.

5. **Embora, na terceira fase da dosimetria, as instâncias ordinárias tenham feito breve menção à quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, não houve o aventado bis in idem, porquanto foram apontados diversos outros elementos que evidenciam a integração do agravante em organização criminosa.**

6. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 31/05/2016, grifou-se.)

"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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016.)

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização 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 esse respeito:

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. 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 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 353208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/4/2016.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0105424-7

HC 323.097 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03315127920108260000 3315127920108260000

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALCEIR RODRIGUES BOY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALCEIR RODRIGUES BOY (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.