



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.420 - SP (2017/0006977-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO**
ADVOGADO : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DAIR ALVES APOLINARIO DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO NOS AUTOS. ELEMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. DUPLA VALORAÇÃO. *BIS IN IDEM*. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

3. 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 delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que é manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, pois o Tribunal de origem, além de considerar tão-somente a condenação em apreço para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, incorreu em *bis in idem*, ao sopesar a quantidade e a diversidade das drogas, já utilizadas no cálculo da sanção para exasperar a pena-base.

5. À míngua de outros elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal (2/3), sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida – 1 pedra de *crack* (4,69g), 3 porções de *crack* (0,91g), 2 trouxinhas de maconha (3,85g) e 2 porções de cocaína (1,92g). Precedentes.

6. Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (a quantidade e natureza das drogas), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.

7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o *bis in idem* verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 194 dias-multa.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de maio de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.420 - SP (2017/0006977-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO**
ADVOGADO : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DAIR ALVES APOLINARIO DA SILVA (PRESO)**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **DAIR ALVES APOLINÁRIO DA SILVA** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido em primeira instância da imputação prevista no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial, para condenar o paciente à pena privativa de liberdade de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 33 da Lei de Drogas.

Neste *writ*, sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, haja vista que o regime mais gravoso foi fixado com base, apenas, na gravidade abstrata e na hediondez do delito de tráfico de drogas, em ofensa à Súmula 440 do STJ.

Requer, assim, seja estabelecido o regime semiaberto.

Liminar deferida, "para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, afastada a obrigatoriedade de fixar regime inicial fechado pelo simples fato de o crime ser hediondo, estabeleça o regime carcerário tão somente à luz do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal". (e-STJ, fls. 50-53).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 128-129, 170-171, 201 e 230).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para determinar que o regime inicial seja fixado com base no art. 33 e 59 do CP (e-STJ, fls. 167-168).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.420 - SP (2017/0006977-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO**
ADVOGADO : **MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DAIR ALVES APOLINARIO DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO NOS AUTOS. ELEMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS. DUPLA VALORAÇÃO. *BIS IN IDEM*. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

3. 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 delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

4. Hipótese em que é manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, pois o Tribunal de origem, além de considerar tão-somente a condenação em apreço para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, incorreu em *bis in idem*, ao sopesar a quantidade e a diversidade das drogas, já utilizadas no cálculo da sanção para exasperar a pena-base.

5. À míngua de outros elementos probatórios que indiquem a habitualidade delitiva do paciente, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 deve ser operada no máximo legal (2/3), sobretudo quando não expressiva a quantidade de droga apreendida – 1 pedra de *crack* (4,69g), 3 porções de *crack* (0,91g), 2 trouxinhas de maconha (3,85g) e 2 porções de cocaína (1,92g). Precedentes.

6. Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais (a quantidade e natureza das drogas), o regime inicial semiaberto (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível para o cumprimento da pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito. Precedentes.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, afastando o *bis in idem* verificado, e, por conseguinte, estabelecer a reprimenda final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 194 dias-multa.

VOTO

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

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.

Sob tal contexto, passo à análise de eventual constrangimento imposto ao paciente que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, consigno que, embora não tenha sido objeto de questionamento pela defesa, verifico que há evidente ilegalidade na aplicação da pena, no que se refere a não incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, conforme passo a expor.

A Corte de origem, ao prover o apelo ministerial para condenar o paciente pelo delito de tráfico de drogas, procedeu à individualização da pena nos seguintes termos:

A quantidade, variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos justificam majoração da pena base, conforme disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06. Fixo-a um sexto acima do mínimo: cinco anos e dez meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três dias multa.

A meu aviso não é de ser aplicada a benesse prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 a casos como o dos autos.

O referido dispositivo legal autoriza a redução da pena corporal imposta ao condenado por tráfico de entorpecentes “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Pois bem.

Claro como o sol que o acusado pela prática de crime foi encontrado em atividade criminosa. O só fato de ter sido condenado já indica sua atividade criminosa. E, no mais das vezes especialmente como na hipótese vertente a quantidade e diversidade de drogas indica, também insofismavelmente, ter o réu relacionamento estreito com o crime organizado, já que tais “produtos”, não se vendem nas “boas lojas do ramo”.

Assim, a comprovação da satisfação do requisito legal, portanto, inverte o ônus da prova, incumbindo ao próprio interessado demonstrar que, muito ao contrário de dedicar-se à atividade criminosa em que foi pego, tem ele outra ocupação, até, quem sabe, uma profissão. Ele é que tem de demonstrar tratar-se de episódio esporádico, preferencialmente único, em sua existência.

Essa prova, não foi produzida nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como não tem nenhuma outra atividade,¹⁰ a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que o abastece com a droga a ser comercializada. (e-STJ, fls. 40-41).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 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 têm decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, 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, o Tribunal de origem negou a redução da pena ao paciente por entender que o simples fato de ter sido condenado, aliado à quantidade e a variedade de drogas, indica que o paciente relaciona-se com o crime organizado.

Entretanto, à exceção da quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, o simples fato de ter sido o paciente condenado nos autos pelo delito de tráfico de entorpecentes não é elemento suficiente para negar a incidência do redutor pelo tráfico privilegiado.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, ao acompanhar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/MG (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), tem decidido que é inadmissível a dupla valoração de quantidade e da natureza da droga, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, sob pena de indevido *bis in idem*, como ocorreu no caso em apreço.

A propósito os julgados desta Corte que respaldam esse entendimento:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. *BIS IN IDEM*. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

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. A utilização da quantidade, da natureza e da diversidade da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura *bis in idem*, consoante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte, em consonância com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF." (HC 364.866/SP, Rel. Ministro de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016).

E, do STF:

"*Habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Pena-base. Majoração. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1 kg de *crack*). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade, nessa hipótese, de sua valoração negativa, cumulativamente, na terceira fase da dosimetria. Precedentes. [...] 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Todavia, não se admite sua valoração negativa, cumulativamente, na primeira e na terceira fases da dosimetria (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14). [...] 5. Ordem parcialmente concedida, para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e determinar ao juízo das execuções que, fundamentadamente, fixe o percentual correspondente de redução. (HC 133.752, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/05/2016, PUBLIC 10-06-2016).

"*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. [...] 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 123.168/SP, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 21/10/2014, PUBLIC 14/11/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, portanto, deixou de observar o entendimento desta Corte sobre o tema, ao valorar duplamente a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas para justificar o incremento da pena em etapas distintas. Sendo manifesta a ilegalidade no cálculo da pena, haja vista a aferição do mesmo fato, em momentos diversos, para agravar a pena do paciente, a ordem deve ser concedida, de ofício, para sanar o vício constatado.

Com efeito, a míngua de outros elementos probatórios que indiquem a dedicação do paciente à atividade criminosa, e considerando a sua primariedade e seus bons antecedentes, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, sobretudo quando inexpressiva a quantidade de droga apreendida - 1 pedra de *crack* (4,69g), 3 porções de *crack* (0,91g), 2 trouxinhas de maconha (3,85g) e 2 porções de cocaína (1,92g).

A seguir os seguintes precedentes que respaldam esse entendimento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA. MESMOS FUNDAMENTOS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO III, DO CP. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A utilização concomitante da quantidade e natureza de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para modular a fração da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) configura *bis in idem*.

In casu, a pena-base foi exacerbada em 1/6 em razão da natureza e quantidade de drogas apreendidas, sendo que na terceira fase, a Corte estadual reduziu para 1/6 a fração da causa redutora de pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) pelos mesmos fundamentos.

Trata-se da hipótese 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).

Assim, em nova análise da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena fixada na sentença, em que o aumento da pena-base (1/6) foi fundamentado na natureza e na quantidade dos entorpecentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreendidos e mostra-se razoável, pois 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, aplicando na terceira fase a minorante no máximo permitido (2/3), restando a pena fixada em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa.

3. A quantidade e/ou natureza da droga apreendida é fundamentação idônea para justificar a fixação do regime prisional mais gravoso, bem como vedar a substituição da pena por restritiva de direitos.

Na hipótese, embora a primariedade do paciente e o *quantum* de pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) foi utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal. Dessa forma, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como veda a substituição da pena por restritivas de direitos, de acordo com o disposto nos arts. 33, §§ 2º e 3º e 44, inciso III, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para ratificar a pena imposta pelo Juízo de primeiro grau, redimensionando-a para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 180 (cento e oitenta) dias-multa, fixando-se o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

(HC 371.704/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016).

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, NO REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE ILÍCITA NÃO EVIDENCIADA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 APLICADA, PARA EVITAR O VEDADO *NE BIS IN IDEM*. PENA REDUZIDA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM O BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

- Não há como manter a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem, que não reconheceu a figura do tráfico privilegiado sob a tese de que o paciente dedica-se a atividades criminosas, quando as circunstâncias do delito não apontam referida dedicação.

- Reconhecido o tráfico privilegiado, a pena provisória deve ser reduzida na fração máxima de 2/3, pois configura indevido bis in idem a utilização da quantidade/nocividade da droga para fundamentar o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal e, também, para definir o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- 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.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, consigne-se que, embora o paciente seja primário e o novo montante da pena (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime aberto, o regime intermediário, qual seja, o semiaberto, é o que mais se amolda ao caso concreto, ante a quantidade e a nocividade da droga apreendida, elementos que, inclusive, justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

- No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- Ainda que o quantum de pena fixado seja inferior a 4 anos, a quantidade e a nocividade do entorpecente apreendido não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando as penas do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 195 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 366.916/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

A pena-base fica estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão mais 583 dias-multa, pela valoração desfavorável da quantidade e da diversidade das drogas apreendidas.

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantendo-se a pena inicialmente fixada.

Na última etapa, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diminuo-a em 2/3, tornando-a definitiva em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias multa**.

O regime prisional deve ser alterado para o semiaberto, tendo em vista o *quantum* da sanção corporal e a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Embora a acusada haja sido definitivamente condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a desfavorabilidade de três circunstâncias judiciais, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas (uma porção de maconha, pesando 26,31 gramas, e uma porção de *crack*, com peso de 24,80 gramas) efetivamente justificam a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 785.585/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- A presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime prisional semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos."

(AgRg no AREsp 755.696/MG, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/12/2015.)

No que tange ao pedido de deferimento da permuta legal, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Vale lembrar que a Suprema Corte, na análise do HC 97.256/RS, também reconheceu a inconstitucionalidade das expressões contidas no art. 44 e no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que vedavam a conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, tendo sido, inclusive, tal proibição suprimida do texto legal, por meio da edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal.

Portanto, não há óbice à concessão da referida benesse aos sentenciados pelo delito de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

No entanto, *in casu*, utilizada a quantidade e a diversidade da droga para justificar a exasperação da pena-base, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito não se mostra suficiente, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do CP), uma vez que desfavoráveis as circunstâncias do delito.

Sobre o tema, o seguinte julgado:

[...] - Ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012.

- De outro lado, nos termos do fixado pela jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga apreendida podem, ao lado dos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No caso, o acórdão recorrido, de forma fundamentada, entendeu por sua inadequação, ante o fato de que, com o paciente, foram apreendidos 47,9g de cocaína, quantidade e nocividade que não recomendam a substituição da pena corporal, consoante o disposto no art. 44, III, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 322.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016.)

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo **concedo** a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 194 dias-multa, assim como para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0006977-7

HC 385.420 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018101020158260996 00060689420138260297 18101020158260996 3092013
60689420138260297

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCOS ROBERTO AZEVEDO
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIR ALVES APOLINARIO DA SILVA (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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