



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.873 - SP (2013/0322079-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : CHRISTIANO PACHECO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DICKISON SILVESTRE DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. VIABILIDADE. BUSCA DO LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NO § 2.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HC N.º 111.480/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado, em primeira instância, à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito 91 pedras de *crack*. Em apelação, a Corte *a quo* elevou a pena-base e afastou o emprego na causa especial de diminuição de pena, fixando a sanção em 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa.

4. A natureza (*crack*) e a quantidade das drogas apreendidas (91 pedras) legitimam a exasperação da pena-base, conforme dicção do art. 42 da Lei de Tóxicos.

5. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "*importar*", "*exportar*", "*vender*", "*expor à venda*", "*oferecer*", "*ter em depósito*"). Incabível, assim, utilizar a busca do lucro fácil para elevar a pena-base dessa espécie delitiva.

6. O Tribunal de origem excluiu a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em razão da natureza e da quantidade das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas, além de outros elementos de convicção, inclusive a confissão extrajudicial do agente. Não se afigura ilegal tal posição, sendo certo que revê-la demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

7. O Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem parcialmente concedida, de ofício, a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, bem como para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.873 - SP (2013/0322079-2)

IMPETRANTE : CHRISTIANO PACHECO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DICKISON SILVESTRE DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus substitutivo de recurso especial*, com pedido liminar, impetrado em favor de DICKISON SILVESTRE DE SOUZA, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n.º 0030594-95.2012.8.26.0577).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito **91 pedras de crack**.

A Corte *a quo* deu provimento ao recurso ministerial e exasperou a pena do Réu, nos seguintes termos: fixou a pena-base acima do mínimo legal (pela nocividade da droga) e afastou a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas (pela dedicação à atividade criminosa). A sanção total restou quantificada em 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa.

Neste *writ*, insurge-se contra a exasperação da sanção básica e advoga-se que o Paciente preenche os requisitos necessários à concessão da precitada causa especial de diminuição de pena.

Assinala-se, no particular, que o Tribunal *a quo* se valeu de prova obtida na fase extrajudicial para reconhecer a dedicação à atividade criminosa (confissão extrajudicial do Paciente de que não trabalhava). Refuta-se tal posição, defendendo-se que as provas pré-processuais somente seriam hábeis a sustentar a condenação se confirmadas no decorrer da instrução criminal, o que não ocorreu *in casu*.

Postula-se, assim, inclusive *in limine*, o restabelecimento da pena privativa de liberdade fixada pelo édito condenatório.

O pedido liminar foi indeferido nos termos das decisão de fls. 25/26.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 34/35, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 55/65, opinando pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.873 - SP (2013/0322079-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. VIABILIDADE. BUSCA DO LUCRO FÁCIL. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIA ELEITA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NO § 2.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HC N.º 111.480/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado, em primeira instância, à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 250 dias-multa, por infração ao art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, porque mantinha em depósito 91 pedras de *crack*. Em apelação, a Corte *a quo* elevou a pena-base e afastou o emprego na causa especial de diminuição de pena, fixando a sanção em 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 583 dias-multa.

4. A natureza (*crack*) e a quantidade das drogas apreendidas (91 pedras) legitimam a exasperação da pena-base, conforme dicção do art. 42 da Lei de Tóxicos.

5. O crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "*importar*", "*exportar*", "*vender*", "*expor à venda*", "*oferecer*", "*ter em depósito*"). Incabível, assim, utilizar a busca do lucro fácil para elevar a pena-base dessa espécie delitiva.

6. O Tribunal de origem excluiu a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, além de outros elementos de convicção, inclusive a confissão extrajudicial do agente. Não se afigura ilegal tal posição, sendo certo que revê-la demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus.

7. O Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem parcialmente concedida, de ofício, a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, bem como para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do "habeas corpus", impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Assevere-se, de início, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou parcialmente da sentença condenatória, mediante a seguinte fundamentação:

"[...]"

De fato, apesar de ter negado posteriormente em audiência, o acusado, em fase extrajudicial, admitiu a prática do tráfico. Esclareceu que estava desempregado e, por isso, enfrentava dificuldades financeiras, sendo que, certo dia, adquiriu de um desconhecido um pedaço de 'crack', por R\$ 100,00 (cem reais) e um aparelho de som. Então, visando obter lucro, dividiu aquele tijolo em pequenas partes e as embalou individualmente, atendendo aos usuários que o procuravam no portão da casa de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

namorada. Contou que no dia de sua prisão já havia realizado cerca de quatro vendas (fls. 11).

Sendo assim, na primeira fase, considerando-se não só as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, bem como as do artigo 42 da Lei de Drogas, o correto é fixar a pena base acima do mínimo legal, se fundamentando no resultado e consequência do crime, uma vez que iria abastecer vários usuários de uma região, com o nítido intuito de lucro 'fácil'.

Importante consignar que foram apreendidos, noventa e uma porções de 'crack' (cocaína petrificada). Sendo que a elevada quantidade, capaz de atingir diversas pessoas, e a especial potencialidade do crack, droga ainda mais nociva do que as justificam não só a fixação da pena base acima do mínimo legal, mas, também, a não aplicação do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

[...]

O parágrafo mencionado acima cita, como um dos requisitos para sua aplicação, que o acusado não se dedique a atividades criminosas, o que não pode ser alegado no presente caso, pois, como bem mencionado pelo d. Procurador de Justiça, apesar de ter sido juntada aos autos cópia do contrato de trabalho do acusado (fls. 57), esta não tem condão de comprovar suficientemente sua ocupação lícita e este fato, juntamente com a confissão extrajudicial do acusado de que estaria desempregado e por isso se envolveu com o tráfico de drogas, permitem concluir que ele passou a se dedicar à atividade criminosa de traficante.

Ainda, o simples fato do acusado não ter maus antecedentes e não ser reincidente, por si só, não induz a aplicação do benefício em questão, visto que, para sua concessão, todos os requisitos devem estar presentes.

Sendo assim, na primeira fase da dosimetria, majora-se a pena base em 1/6 (um sexto), perfazendo 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no mínimo legal.

Após, ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição da pena (benefício que já foi motivadamente afastado), torna-se definitiva a reprimenda base acima calculada.

Por fim, mantém-se o regime inicial fechado, visto que, de acordo com a Lei 11.464/07, que alterou o § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, os crimes desta natureza, como o tráfico, serão cumpridos em regime inicial fechado.

[...]

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo da Acusação, para condenar o corréu **Dickison Silvestre de Souza à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, no mínimo legal, por incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06.**" (fls. 16/20; grifos no original)

Como se vê, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi aplicada acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, porque as instâncias ordinárias consideraram duas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como desfavoráveis, a saber: **a natureza e a quantidade da droga apreendida e as consequências do crime.**

A natureza (*crack*) e a quantidade das drogas apreendidas (91 pedras) legitimam a exasperação da pena-base, conforme dicção do art. 42 da Lei de Tóxicos.

Por outro lado, o crime de tráfico ilícito de drogas vincula-se, em regra, à prática de atos mercantis como se extrai de alguns núcleos do tipo do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 (v.g., "importar", "exportar", "vender", "expor à venda", "oferecer", "ter em depósito"). Incabível, assim, utilizar a busca do lucro fácil para elevar a pena-base dessa espécie delitiva.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES À CONDUTA CRIMINOSA. ORDEM CONCEDIDA.

I – A circunstância judicial – mal causado pelo tóxico – valorada negativamente pelo juízo sentenciante é ínsita à conduta delituosa, incorporada ao próprio tipo penal, não podendo, pois, ser utilizada como elemento hábil a proporcionar a majoração da reprimenda, sob pena de indesejado bis in idem.

II – No caso sob exame, o intuito de obter lucro fácil também está contido na conduta de comercializar a droga, de modo que não cabe invocá-lo para o fim de majorar a pena-base, ante a possibilidade de, novamente, incorrer-se em bis in idem.

III – Ordem concedida apenas para determinar a realização de nova dosimetria da pena." (STF, HC 114.146/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 09/11/2012; destaquei.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006 MANTIDA NO GRAU MÍNIMO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

7. 'A ganância para auferir lucro fácil e imediato em detrimento da saúde pública' é inerente ao tipo de tráfico de drogas, não sendo fundamento idôneo para majorar a pena-base.

[...]

12. Ordem parcialmente concedida, para o fim de, mantida a condenação, redimensionar a pena-base e, por conseguinte, reduzir o quantum total da reprimenda." (STJ, HC 233.077/RO, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 19/03/2013; grifei)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, o Tribunal de origem excluiu a incidência da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em razão da natureza e da quantidade das drogas apreendidas, além de outros elementos de convicção, inclusive a confissão extrajudicial do agente. Não se afigura ilegal tal posição, sendo certo que revê-la demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DE PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NATUREZA DA DROGA. RELEVÂNCIA PARA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPROPRIEDADE DO WRIT PARA APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Paciente condenada como incurso no art. 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06 às penas de 05 (cinco) anos e 10 (meses) de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Isso porque trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 56,3 g (cinquenta e seis gramas e três decigramas) de cocaína.

2. No caso, inexistente constrangimento ilegal no fato de a minorante ter sido afastada, uma vez que, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a qualidade das drogas apreendidas justificam a não aplicação do referido redutor. Com base neste e em outros elementos, as instâncias ordinárias consignaram que a Paciente dedica-se à atividade criminosa, não sendo possível afastar tal entendimento na estreita via do writ. Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 200.085/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25/09/2013.)

Passo, assim, a readequar a pena do Paciente. Mantenho a pena-base acima do mínimo legal; porém, em patamar inferior ao fixado pela Corte estadual, dado o afastamento de um dos critérios utilizados (as consequências do crime). Fixo-a **em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão**, a qual torno definitiva à minguada de alterações subsequentes nas demais fases da dosimetria da pena.

Para fechar, o Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incider tunc*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também para essas espécies delitivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado com base na Lei dos Crimes Hediondos. Impõe-se o afastamento, **de ofício**, do critério adotado pela instância ordinária.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM, DE OFÍCIO, a fim de, mantida a condenação, reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, bem como para, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à fixação do regime prisional adequado, à luz dos elementos constantes nos autos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0322079-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 277.873 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00305949520128260577 305949520128260577

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **CHRISTIANO PACHECO DA SILVA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **DICKISON SILVESTRE DE SOUZA (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 parcialmente "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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