



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.784 - SP (2014/0307671-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALGISA VALQUIRIA MARCIANO
PACIENTE : BRUNO DA SILVA PRETELO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CRITÉRIO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* 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, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. 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.
3. 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 quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
4. Não há *bis in idem* quando a Corte *a quo*, embora tenha sopesado a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela dedicação dos pacientes ao tráfico ilícito de entorpecentes, com base nas circunstâncias fáticas do delito.
5. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou, motivadamente, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que os pacientes se dedicavam ao tráfico ilícito de drogas, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida (1,009kg – um quilo e nove gramas – de cocaína), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.
6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que os pacientes se dedicam a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida.

9. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

10. O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

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

Brasília (DF), 02 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.784 - SP (2014/0307671-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALGISA VALQUIRIA MARCIANO
PACIENTE : BRUNO DA SILVA PRETELO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrado em favor de **ADALGISA VALQUIRIA MARCIANO e BRUNO DA SILVA PRETELO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que os pacientes foram condenados às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 190 (cento e noventa) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, tão somente para isentar os pacientes do pagamento das custas processuais, e deu provimento ao recurso ministerial, a fim de afastar o redutor pelo tráfico privilegiado, redimensionando a reprimenda final para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e o pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Neste *writ*, os impetrantes insurgem-se contra a dosimetria da pena fixada, alegando que, embora os pacientes sejam primários, possuam circunstâncias judiciais favoráveis e não se dediquem à atividade ilícita nem integrem organização criminosa, a Corte *a quo* deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento apenas na quantidade e na natureza da droga apreendida.

Aduzem que o Tribunal de origem incorreu no vedado *bis in idem* ao sopesar a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, afirmando que tal critério deve ser utilizado para modular o *quantum* a ser aplicado e não para afastar a benesse.

Destacam, ainda, que o fato de o crime de tráfico ser equiparado a hediondo não impede a modificação do regime prisional, nos termos do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Requerem, liminarmente, que os pacientes aguardem em liberdade o trânsito em julgado da ação penal ou o julgamento final deste *writ*.

No mérito, pugnam pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu grau máximo, pelo estabelecimento do regime aberto e pelo direito de os pacientes aguardarem em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 52-55).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 62-63).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, de ofício, para determinar que a instância ordinária aprecie a fixação do regime com base no art. 33 do Código Penal (e-STJ, fls. 79-89).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.784 - SP (2014/0307671-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO : JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADALGISA VALQUIRIA MARCIANO
PACIENTE : BRUNO DA SILVA PRETELO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CRITÉRIO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* 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, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. 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.
3. 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 quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes.
4. Não há *bis in idem* quando a Corte *a quo*, embora tenha sopesado a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela dedicação dos pacientes ao tráfico ilícito de entorpecentes, com base nas circunstâncias fáticas do delito.
5. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou, motivadamente, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que os pacientes se dedicavam ao tráfico ilícito de drogas, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida (1,009kg – um quilo e nove gramas – de cocaína), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.
6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que os pacientes se dedicam a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

7. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e a quantidade da droga apreendida.

9. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do *quantum* de pena aplicada, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

10. O STF, no julgamento do HC 126.292/SP, decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

11. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

Passo ao exame das alegações dos impetrantes.

Da análise da sentença condenatória, verifica-se que o Juiz sentenciante, diante da ausência de circunstância judiciais desfavoráveis e da elevada quantidade da droga apreendida (1,009kg – um quilo e nove gramas – de cocaína), exasperou a pena-base em 1/6 e, na primeira etapa da dosimetria, aplicou o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343, em seu patamar máximo (2/3), ficando a pena final em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado (e-STJ, fls. 28-29).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao dar provimento ao apelo ministerial, afastou a aplicação do citado redutor, pelos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 38-40):

"A reprimenda aplicada comporta reparo.

As penas-base, para ambos os réus, foram corretamente estabelecidas acima do mínimo legal tendo em vista que a quantidade mais de um quilograma e a natureza deletéria diferenciada cocaína da droga apreendida são circunstâncias preponderantes ao artigo 59 do Código Penal conforme estabelece o artigo 42 da Lei de Drogas.

Na segunda fase, ausente circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, a pena de ambos os sentenciados foi reduzida no patamar máximo de 2/3 (dois terços) por entender o MM.

Juiz que estavam preenchidos os requisitos do artigo 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas.

De fato, compulsando os autos, verifico que ambos são primários e ostentam bons antecedentes. Entretanto, pela quantidade de droga apreendida, sua natureza deletéria diferenciada, pelo valor despendido na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua aquisição (cinco mil reais) e pelo fato de ter sido adquirida em cidade vizinha e a granel resta evidente que os réus faziam do tráfico seu meio de vida revelando que se dedicam à atividade criminosa. Não é razoável crer que um usuário ou traficante eventual gaste quase sete salários mínimos na compra de mais de um quilograma de cocaína a granel em uma cidade vizinha.

Assim, vislumbro não estarem preenchidos os requisitos autorizadores para a concessão do benefício do tráfico privilegiado razão pela qual mantenho a pena-base fixada inalterada até o final da dosimetria.

Ausentes outras causas modificadoras, torno a pena de ambos os réus, ADALGISA e BRUNO, definitivas em **05 anos e 10 meses de reclusão, mais o pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal.**" (Grifou-se.)

A individualização da pena, como 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.

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 quando evidenciarem 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, não se verifica o alegado *bis in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idem, visto que concluiu, motivadamente, pela dedicação dos pacientes ao tráfico ilícito de entorpecentes, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida (1,009kg – um quilo e nove gramas – de cocaína), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, sobretudo "pelo valor despendido na sua aquisição (cinco mil reais) e pelo fato de ter sido adquirida em cidade vizinha e a granel resta evidente que os réus faziam do tráfico seu meio de vida revelando que se dedicam à atividade criminosa. Não é razoável crer que um usuário ou traficante eventual gaste quase sete salários mínimos na compra de mais de um quilograma de cocaína a granel em uma cidade vizinha".

A propósito, o seguinte precedente:

"*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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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 os pacientes se dedicam ao tráfico de drogas, 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*.

Nesse sentido:

"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, 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.)

Quanto ao regime prisional, constata-se ilegalidade flagrante, tendo em vista que a Corte de origem entendeu por fixar o regime mais gravoso com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, ao fundamento de "que é o único cabível ante a disposição legal expressa" (e-STJ, fl. 40).

Convém destacar que a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

No caso, a Corte *a quo* manteve o regime mais gravoso com base tão somente na hediondez do delito.

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006. 3. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime inicial mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade." (HC 327.726/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/12/2015.)

Entretanto, embora os pacientes sejam primários e a pena tenha sido estabelecida em 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para a prevenção e reparação do delito, haja vista a natureza e a expressiva quantidade da droga apreendida (1,009kg – um quilo e nove gramas – de cocaína).

A esse respeito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento."

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

Dessa forma, estabelecido o *quantum* da pena em patamar superior a 4 (quatro) anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Por fim, considerando que foi fixado o regime mais gravoso para início do cumprimento da pena, o pleito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal não deve prosperar, visto que, em recente julgado (HC n. 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0307671-4

HC 309.784 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00343983720128260071 343983720128260071

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO
ADVOGADO	: JACKSON LUIS CALIXTO DA SILVA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADALGISA VALQUIRIA MARCIANO
PACIENTE	: BRUNO DA SILVA PRETELO

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