



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.613 - SP (2015/0089188-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. *SURSIS*. QUANTIDADE DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. *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 caso evidenciem 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 e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela dedicação do paciente 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 o paciente se dedicava ao tráfico ilícito de drogas, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida, 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 o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

7. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Embora o paciente seja primário 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, a diversidade e a quantidade da droga apreendida.
9. Considerando o *quantum* da pena imposta, fica afastada a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.
10. *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 321.613 - SP (2015/0089188-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado, inicialmente de próprio punho, por **DIEGO DE SOUZA PEREIRA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Foi deferido ao paciente o benefício do *sursis*.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* afastou a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e aumentou a pena para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Neste *writ*, alega o impetrante/paciente que a pena imposta em segundo grau deve ser desconsiderada, uma vez que faz jus ao benefício do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois é primário, com bons antecedentes e todos os elementos carreados nos autos evidenciam não se tratar de traficante.

Pugna, em suma, o restabelecimento da sentença de primeiro grau e a concessão de *sursis*.

A liminar foi indeferida pelo então Relator, o em. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), oportunidade em que solicitou informações e o encaminhamento dos autos à Defensoria Pública (e-STJ, fls. 16-17).

As informações foram prestadas (e-STJ, fls. 26-45).

Em sua manifestação nos autos, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo reitera o pedido e as razões iniciais de que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que não restou comprovado, em nenhum momento, que se dedica a atividades criminosas ou que integre organização criminosa, salientando que é primário e de bons antecedentes.

Requer, assim, a aplicação da minorante em seu patamar máximo, com a alteração do regime inicial de cumprimento da pena.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 58-69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.613 - SP (2015/0089188-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. *SURSIS*. QUANTIDADE DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. *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 caso evidenciem 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 e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluiu motivadamente pela dedicação do paciente 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 o paciente se dedicava ao tráfico ilícito de drogas, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida, 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 o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de *habeas corpus*. Precedentes.

7. 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 o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 anos e 10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza, a diversidade e a quantidade da droga apreendida.

9. Considerando o *quantum* da pena imposta, fica afastada a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.

10. *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.

O Juiz sentenciante fixou o apenamento do réu nos seguintes termos:

"[...] Ele é primário e não registra antecedentes criminais, como consta de sua folha de antecedentes (2º apenso).

Considerando tais circunstâncias, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão.

Entendo que o sentenciado preenche os requisitos do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, deixando de acolher a pretensão em contrário do douto representante do Ministério Público contida em suas alegações finais de fls. 118/130.

A primariedade e os bons antecedentes de Diego estão a indicar que não se dedicava o acusado com habitualidade a atividades ilícitas, nem há prova de que tenha qualquer vínculo com organização criminosa (RJTJ-Lex 374/845).

Reduzo a pena anteriormente fixada de 2/3 (dois terços), totalizando 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Dou-a por definitiva por inexistirem outras circunstâncias que a possam alterar.

A pena corporal, eventualmente, será cumprida em regime fechado.

Fixo-lhe a pena pecuniária, pelas mesmas razões, em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo (um trigésimo do salário mínimo vigente na época dos fatos), com atualização em execução de sentença.

Finalmente, observo que o sentenciado preenche os requisitos do artigo 77 do Código Penal para obtenção da suspensão condicional da pena, que fixo pelo prazo de 3 (três) anos.

Imponho-lhe, nos termos do artigo 78 do mesmo diploma legal, as seguintes condições:

a.-deverá prestar serviços à comunidade no primeiro ano do prazo (artigo 46 do Código Penal), com destinação de sua atividade a ser feita pelo Juízo das Execuções Criminais da Comarca aonde for domiciliado;

b.-fica proibido de freqüentar bares e outros locais de duvidosa reputação;

c.-fica proibido de se ausentar da Comarca aonde for domiciliado por mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de uma semana, sem prévia autorização do Juízo das Execuções Criminais; d.- deve comparecer, mensalmente, em Juízo para informar e justificar suas atividades.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal movida pela Justiça Pública contra DIEGO DE SOUZA PEREIRA para o declarar incurso nas sanções do artigo 33, caput e parágrafo 4º da Lei nº 11.343/06, e, em consequência, condená-lo, como realmente o condeno, a cumprir a pena corporal de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e a solver a pena pecuniária correspondente a 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, no valor unitário mínimo, a ser atualizado em execução de sentença.

Expeça-se a favor do sentenciado, incontinenti, o competente alvará de soltura, com a ressalva de se por 'ai' não estiver preso.

Concedo-lhe o benefício da suspensão condicional da pena corporal, pelo prazo de 3 (três) anos, nos termos dos artigos 77 e 78 do Código Penal, mediante as condições anteriormente fixadas.

A audiência admonitória será designada após o trânsito em julgado desta sentença." (e-STJ, fls. 32-33, grifou-se.)

O Tribunal *a quo*, no julgamento do recurso de apelação, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para afastar a causa de diminuição de pena e o *sursis*, nos termos a seguir:

"[...]

A pena-base merece ser incrementada, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, tendo em vista a diversidade (maconha, crack e cocaína), bem como a quantidade (mais de cem porções individuais) de entorpecentes apreendidos com o réu. Assim, majoro a básica na fração de um sexto, para alcançar cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias-multa.

Inalterada na segunda etapa, pela ausência de atenuantes e agravantes, o apelado foi beneficiado na r. sentença com a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. Todavia, as circunstâncias que envolvem o fato tratado nos autos não autorizam a aplicação do benefício.

Inicialmente, ressalto que a nova Lei de Tóxicos é bem mais rigorosa que a anterior, estabelecendo penas mais severas. O § 4º, do art. 33, dessa lei, simplesmente prevê uma causa especial de redução de pena para o agente que se enquadrar nas disposições nele contidas.

Segundo consta dos autos, o réu é primário e não registra antecedentes criminais, mas é certo que, como acima visto, foi preso em flagrante delito na posse de considerável quantidade e variedade de entorpecentes, suficiente ao consumo de dezenas usuários, demonstrando, com isso, que se dedicava ao comércio espúrio de drogas como seu meio de vida. Ressalto que o apelado não comprovou atividade lícita remunerada nem residência fixa, além do que confessou informalmente aos policiais que estava no local traficando drogas. Aliás, como anotei acima, o local já era conhecido como ponto de venda de drogas ilícitas, o que confirma ainda mais a impossibilidade da concessão do referido benefício, o qual alcança tão somente aquele que for primário, com bons antecedentes e que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

[...]

Vê-se, também, que os elementos carreados aos autos comprovam que o apelado, juntamente com indivíduo não identificado, praticavam o delito de tráfico ilícito de entorpecente. Foi preso em flagrante em conhecido ponto de tráfico, com grande quantidade e variedade de drogas, embaladas de forma individual, prontas para o comércio, enfim, tudo deixa evidente e comprova a finalidade do tráfico. Não se cuida, portanto, de mero traficante ocasional, motivo pelo qual afasto a incidência da referida minorante.

Redimensionada a pena, caso o sursis concedido em primeiro grau, uma vez que o "quantum" estabelecido em definitivo supera o limite legal o art. 77 do Código Penal. Ademais, não obstante, ainda que suspensão por inconstitucionalidade, a expressão do § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44 da mesma lei continua em pleno vigor. Preleciona tal dispositivo:

'Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei
são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade
provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.'

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso ministerial para, mantida a condenação por seus próprios fundamentos, afastar o benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, e fixar a pena em cinco anos e dez meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa, no valor unitário mínimo.

Oportunamente, expeça-se mandado de prisão contra o ora apelado." (e-STJ, fls. 37-39, 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 caso se evidencie a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria possível **negar** a redução da pena quando tais circunstâncias revelassem a dedicação do agente ao tráfico de drogas, afastado o suposto *bis in idem* (HC 321.313/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016; HC 307.333/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015).

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, qual seja, a quantidade da droga. Efetuada a redução da pena-base, pela Corte Estadual, para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses, lastreada na valoração negativa da circunstância em comento (5.033,70g de maconha).

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

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

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

Na hipótese dos autos, em que pese ter a Corte *a quo* sopesado a natureza e a quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, não se verifica a ocorrência de *bis in idem*, visto que concluiu, motivadamente, pela dedicação do paciente ao tráfico ilícito de entorpecentes, não só pela quantidade e pela natureza das drogas apreendidas (mais de cem porções individuais de maconha, *crack* e cocaína, divididas em: 27g de maconha, embalada em 10 porções individuais, 44g de cocaína, acondicionada na forma de 23 cápsulas de pó, além de 27g de cocaína disposta na forma de pedras de *crack*, em 70 trouxinhas), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, sobretudo porque "não comprovou atividade lícita remunerada nem residência fixa, além do que confessou informalmente aos policiais que estava no local traficando drogas", local esse que "já era conhecido como ponto de venda de drogas ilícitas".

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006. - Habeas corpus não conhecido."

(HC 320176/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016.)

Assim, concluído pela instância antecedente, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*.

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.)

Em relação ao regime prisional, constata-se que o Juiz sentenciante, diante da concessão do *sursis*, não utilizou de qualquer fundamentação para a fixação do regime mais gravoso, mas apenas estabeleceu que "a pena corporal eventualmente, será cumprida em regime fechado". Ademais, a Corte estadual nem sequer procedeu ao exame da questão, o que impediria a análise perante esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Não obstante, uma vez reexaminada a pena corporal imposta, convém se proceder à análise do regime inicial cabível, salientando-se, de início 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.

A reiterada jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que "a gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 o paciente seja primário 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, a variedade e a quantidade da droga apreendida (mais de cem porções individuais de maconha, *crack* e cocaína, divididas em: 27g de maconha, embalada em 10 porções individuais, 44g de cocaína, acondicionada na forma de 23 cápsulas de pó, além de 27g de cocaína, disposta na forma de pedras de *crack*, em 70 trouxinhas).

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).

[...]

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.)

Por fim, considerando o *quantum* da pena imposta, fica afastada a possibilidade de *sursis*, consoante bem ressaltado pela Corte estadual, nos termos do art. 77 do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0089188-0

HC 321.613 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0007843720128260268 7843720128260268

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 : DIEGO DE SOUZA PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE SOUZA PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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