



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.656 - SP (2015/0175169-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : EDUARDO CRISTOVÃO DE MENEZES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO HENRIQUE MIRANDA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME DE SANIDADE MENTAL. REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Inviável o reconhecimento da necessidade de realização de exame pericial a fim de avaliar a sanidade mental do paciente, diante da impossibilidade de análise probatória na via estreita e mandamental do *habeas corpus*, em que se faz necessária a presença de prova pré-constituída e livre de controvérsia.
3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do *writ* revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime para o art. 28 da Lei 11.343/06. (Precedentes).
4. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
5. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
6. O Tribunal *a quo* negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

7. Nos termos do art. 33, §§2º e 3º, c.c art. 59, ambos do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão e superior a 4 (quatro), a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, além de ser o réu reincidente.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 1º de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.656 - SP (2015/0175169-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : EDUARDO CRISTOVÃO DE MENEZES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO HENRIQUE MIRANDA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANO HENRIQUE MIRANDA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 0043169-07.2013.8.26.0576).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Eis o teor do *decisum*, no que interessa (fls. 54/62):

(...)

Dosimetria da pena.

O réu possui condenação aguardando julgamento de recurso, fls. 77, (além de outras condenações, fls. 78/79 e 81, todas do apenso, nas quais foi beneficiado pela prescrição), o que revela conduta social e personalidade voltadas ao crime. Outrossim, as demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, notadamente a gravidade da conduta, as consequências do crime, o malefício social do crime, além da natureza (crack) e da quantidade de drogas apreendidas, 15 pedras de crack (3,14 gramas), justificam o aumento da pena nesta fase. Assim, a pena é fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal.

Neste sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Na segunda fase, incide a agravante da **reincidência**, fls. 85, do apenso, razão pela qual a pena é fixada com acréscimo de 1/6, sendo fixada em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal.

Ainda na segunda fase, a pena permanece tal como fixada, notadamente porque o réu negou a prática do crime a ele imputado na denúncia.

Na terceira fase, não incide a causa de diminuição do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei referida, pois a reincidência e a quantidade e a natureza de droga apreendida afastam a redução em tela.

Outrossim, prudente anotar, ainda, que tal causa não é obrigatória, caso contrário seria inconstitucional.

O dispositivo legal referido traz o verbo "poderão", impondo ao Judiciário a análise dos elementos subjetivos, das circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para a eventual redução da pena, (pensar o contrário significaria decretar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, vedando, assim, sempre, em todos os casos, a possibilidade da redução). As circunstâncias mencionadas anteriormente impedem a redução pretendida, parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11343/06.

Demais, a Lei não poderia, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, pretender impor causa obrigatória de redução de pena, notadamente em crime equiparado aos hediondos.

Há que se respeitar a necessidade e a garantia ao direito à individualização da pena e, em especial, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo esta, sempre, a intenção da Lei.

A minguagem de outras circunstâncias modificadoras, a pena é mantida em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, conforme o artigo 43 da Lei mencionada.

Posto isso, o pedido inicial é PROCEDENTE para o fim de CONDENAR ADRIANO HENRIQUE MIRANDA como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, **à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa**, com valor unitário no mínimo legal, conforme o artigo 43 da Lei mencionada. **Quanto à pena de reclusão, o regime inicial será o fechado, em razão da previsão legal, sem olvidar dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, especialmente da reincidência.**

Demais, a Lei 11.343/06 revela seu espírito, sua intenção, da Lei, (e do Legislador), de aumentar a repressão ao tráfico de drogas.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, uma vez que não preenchidos os requisitos do art. 44, notadamente em face da insuficiência da medida e, ainda, pela inconciliabilidade com a determinação de cumprimento inicial da pena em regime fechado, sem olvidar da reincidência.

Demais, em que pese a suspensão da vigência da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em virtude da Resolução nº 5, publicada em 16 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, as características do caso em tela exigem reprovação penal diferenciada, ou seja, a substituição seria insuficiente para a resposta penal.

Preso cautelarmente, não poderá recorrer em liberdade (RHC 55.109, DJU 27.5.77, p. 3459; RHC 56.943, DJU 27.4.79, p. 3381; RHC 58.286, DJU 3.10.80, p. 7735).

(...)

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação na origem, ao qual o Tribunal de Justiça deu parcial provimento para afastar a fundamentação utilizada para reconhecer a negativação da conduta social e personalidade voltadas ao crime, porém, sem reflexo na reprimenda. O aresto encontra-se assim fundamentado (fls. 70/72):

(...)

A pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo sob o argumento de o réu possui conduta social e personalidade voltadas ao crime, em razão de uma condenação aguardando julgamento de recurso e outras condenações nas quais foi beneficiado pela prescrição, bem como pela quantidade e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

drogas apreendidas (15 porções de crack).

Entretanto, consoante a Súmula 444 do STJ, tais processos em andamento e beneficiados pela prescrição não podem ser utilizados para majorar a pena-base, sendo, inclusive, reconhecida a repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 591054 RG/SC.

Assim, afastando-se a fundamentação utilizada para reconhecer a conduta social e personalidade voltadas ao crime, remanesce a circunstância desfavorável em razão da quantidade significativa de substância entorpecente, de alto poder nocivo, que justifica a exasperação da pena-base na fração ordinariamente utilizada de 1/6.

Na segunda fase, foi recrudescida a pena em 1/6 diante da **reincidência** (fls. 85-apenso), não merecendo reparo.

Outrossim, diante da quantidade de drogas apreendidas, bem como da reincidência de Adriano, inaplicável a redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

O regime inicial não poderia mesmo ser outro que não o fechado. Cuida-se de crime que impulsiona a prática de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade como um câncer, de maneira que o regime prisional mais gravoso se mostra recomendável e o único suficiente para a prevenção e repressão dos delitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso tão somente para afastar a fundamentação utilizada para reconhecer a conduta social e personalidade voltadas ao crime, porém, sem reflexo na pena.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, a teor da seguinte ementa (fl. 74):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Ausência de omissão, obscuridade, ambigüidade ou contradição - Acórdão devidamente fundamentado - Embargos rejeitados.

Nesta via, o impetrante alega que a pena-base foi aumentada com base em considerações genéricas e abstratas, integrantes da própria conduta tipificada, não servindo para supedanear a elevação da reprimenda.

Sustenta que a quantidade de entorpecentes apreendidos não seria de expressiva monta a ponto de justificar a elevação da pena básica acima do mínimo legal.

Cita precedente jurisprudencial no sentido de que haveria *bis in idem* no reconhecimento da natureza e da quantidade da droga para majorar a pena na primeira fase de dosimetria e para negar a aplicação do redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Pondera que o regime inicial de cumprimento de pena mais rigoroso foi aplicado em decorrência da gravidade abstrata do delito, sem a observância do disposto no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Ressalta que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, de modo que a identificação do regime inicial mais adequado deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto. Ainda quanto ao regime, alega que a justificativa esposada pelas instâncias de origem se confunde com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprios fundamentos inseridos no tipo incriminador, o que estaria em descompasso com as Súmulas 718 e 719 do STF.

Assevera que o paciente é dependente químico e que seria o caso de promover a desclassificação do delito de tráfico para o do art. 28 da Lei de Drogas. No ponto, defende que o paciente seja internado em uma clínica de recuperação para dependentes químicos, em conformidade com o art. 97, §1º do Código Penal.

Obtempera que a sentença deve ser desconstituída para instauração de incidente de insanidade mental.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito: a) seja fixada a pena definitiva no mínimo legal; b) seja fixado o regime prisional semi-aberto; c) seja determinada a prorrogação de internação para o tratamento ambulatorial pelo período de 1 (um) ano.

Liminar indeferida às fls. 44/45.

Informações prestadas às fls. 48/98.

Às fls. 110/111 manifestou-se a Defensoria Pública pela concessão da ordem de ofício, conforme requerido na inicial ou, subsidiariamente, pelo encaminhamento da impetração ao Sodalício Estadual para que seja processada na forma de revisão criminal.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Luciano Mariz Maia (fls. 117/120), o Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem, a fim de que a pena-base do paciente seja fixada no mínimo legal.

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.656 - SP (2015/0175169-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXAME DE SANIDADE MENTAL. REALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE REINCIDENTE. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Inviável o reconhecimento da necessidade de realização de exame pericial a fim de avaliar a sanidade mental do paciente, diante da impossibilidade de análise probatória na via estreita e mandamental do *habeas corpus*, em que se faz necessária a presença de prova pré-constituída e livre de controvérsia.
3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do *writ* revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime para o art. 28 da Lei 11.343/06. (Precedentes).
4. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
5. O Tribunal de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
6. O Tribunal *a quo* negou a aplicação da causa especial de diminuição de pena em razão da reincidência do paciente, o que não configura manifesto constrangimento ilegal, porquanto devidamente fundamentado o afastamento da benesse com fulcro no próprio comando de regência da matéria, qual seja, o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, que dispõe que "(...) as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".
7. Nos termos do art. 33, §§2º e 3º, c.c art. 59, ambos do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão e superior a 4 (quatro), a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, além de ser o réu reincidente.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

De pronto, faz-se imperioso afastar a pretensão autoral no sentido da anulação da sentença condenatória para que, reconhecendo-se o estado de dependente químico do paciente, seja instaurado incidente de insanidade mental. É que tal intento, sequer aventado nas instâncias de origem, não se compatibiliza com o veio restrito e mandamental do *habeas corpus*, no qual vigora o inquebrantável pressuposto da prova pré-constituída. De mais a mais, sem que hajam nos autos documentos que indiquem a real necessidade da medida, sequer poderia cogitar-se a existência de dúvida relevante a esse respeito. Sem embargos, trago à colação o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). ROUBO MAJORADO. INSTAURAÇÃO DE EXAME PARA VERIFICAÇÃO DA SANIDADE MENTAL (AUSÊNCIA DE DÚVIDAS ACERCA DA SAÚDE DO PACIENTE; VIA INADEQUADA PARA AFERIR A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA). PRISÃO PREVENTIVA (REQUISITOS). GRAVIDADE GENÉRICA DOS FATOS; POSSIBILIDADE ABSTRATA DE EVASÃO; REPROVABILIDADE DA CONDUTA; REPERCUSSÃO SOCIAL DO DELITO (MERAS CONJECTURAS). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA E PROFISSÃO LÍCITA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (CONFIGURADO).

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

2. A instauração do exame para a verificação da sanidade mental do acusado não é obrigatória, tornando-se imprescindível somente quando houver dúvida relevante a esse respeito, circunstância não detectada, no caso vertente, pelas instâncias ordinárias (Precedentes). Ademais, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a verificação da alegada necessidade de realização do exame



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pericial pleiteado pela impetração, diante da impossibilidade de análise probatória na via estreita do writ.

3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar sua segregação, tendo se limitado a afirmar, de modo abstrato, que os agentes, soltos, continuariam a delinquir, comprometeriam a colheita da prova e afetariam a credibilidade da Justiça.

4. As invocações relativas à gravidade do delito, à possibilidade abstrata de evasão, à reprovabilidade da conduta e a repercussão social do delito não são motivos idôneos para manter a segregação preventiva, se não estiverem apoiadas em fatos concretos (Precedentes).

5. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva (Precedentes).

6. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente.

(HC 330.535/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015)

Na sequencia, em relação ao pleito de desclassificação da conduta para a hipótese do art. 28 da Lei nº 11.343/06, melhor sorte não assiste à Defesa. Com efeito, tal pretensão não prescinde do revolvimento material fático-probatório, o que se afigura inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Assim, tais questões não são passíveis de solução por meio do *writ*, por demandar uma análise mais acurada dos fatos, depoimentos e todas as demais circunstâncias e provas em que se arrimaram as instâncias ordinárias.

A propósito, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA DE 6 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. ANÁLISE QUE DEMANDA REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. PATAMAR DA SANÇÃO QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. 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.

- A alegada falta de provas de que o paciente teria praticado o delito de tráfico de drogas, bem como a possibilidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desclassificação da conduta para o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 demandariam o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

- Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto.

- Sendo o paciente reincidente, inviável o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão do benefício.

- Mantido o não reconhecimento do tráfico privilegiado, a pena de 6 anos e 9 meses de reclusão mantém-se inalterada e, em decorrência, é inviável a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, pois o patamar da sanção não atende ao requisito previsto no art. 44, I, do Código Penal.

- Nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, inexistente coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 6 anos e 9 meses de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 332.335/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA DO RÉU. REGIME PRISIONAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Para afastar a conclusão motivada da instância antecedente e analisar as teses da defesa - de que não há provas inequívocas para a condenação e de que a droga apreendida se destinava ao consumo do próprio paciente -, seria necessário o aprofundado exame de fatos e provas dos autos, a ensejar o rejulgamento da causa, providência inviável no habeas corpus.

2. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

3. Fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista da reincidência do réu.

4. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, pois o Juiz sentenciante destacou a reincidência do paciente e a quantidade de pena aplicada (7 anos e 6 meses de reclusão).

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas somente é cabível se preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível conferir a benesse ao paciente, pois condenado a pena superior a 4 anos de reclusão.

6. Ordem não conhecida.

(HC 326.462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015)

Dito isso, no que tange às insurgências relativas ao procedimento dosimétrico, trago a colação o teor do édito condenatório de primeiro grau, no que pertinente ao desate da lide (fls. 54/62):

(...)

Dosimetria da pena.

O réu possui condenação aguardando julgamento de recurso, fls. 77, (além de outras condenações, fls. 78/79 e 81, todas do apenso, nas quais foi beneficiado pela prescrição), o que revela conduta social e personalidade voltadas ao crime. Outrossim, as demais circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, notadamente a gravidade da conduta, as consequências do crime, o malefício social do crime, além da natureza (crack) e da quantidade de drogas apreendidas, 15 pedras de crack (3,14 gramas), justificam o aumento da pena nesta fase. Assim, a pena é fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal.

Neste sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Na segunda fase, incide a agravante da **reincidência**, fls. 85, do apenso, razão pela qual a pena é fixada com acréscimo de 1/6, sendo fixada em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal.

Ainda na segunda fase, a pena permanece tal como fixada, notadamente porque o réu negou a prática do crime a ele imputado na denúncia.

Na terceira fase, não incide a causa de diminuição do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei referida, pois a reincidência e a quantidade e a natureza de droga apreendida afastam a redução em tela.

Outrossim, prudente anotar, ainda, que tal causa não é obrigatória, caso contrário seria inconstitucional.

O dispositivo legal referido traz o verbo "poderão", impondo ao Judiciário a análise dos elementos subjetivos, das circunstâncias judiciais para a eventual redução da pena, (pensar o contrário significaria decretar a inconstitucionalidade do dispositivo legal, vedando, assim, sempre, em todos os casos, a possibilidade da redução). As circunstâncias mencionadas anteriormente impedem a redução pretendida, parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11343/06.

Demais, a Lei não poderia, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, pretender impor causa obrigatória de redução de pena, notadamente em crime equiparado aos hediondos.

Há que se respeitar a necessidade e a garantia ao direito à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individualização da pena e, em especial, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo esta, sempre, a intenção da Lei.

A minguada de outras circunstâncias modificadoras, a pena é mantida em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, conforme o artigo 43 da Lei mencionada.

Posto isso, o pedido inicial é PROCEDENTE para o fim de CONDENAR ADRIANO HENRIQUE MIRANDA como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, **à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa**, com valor unitário no mínimo legal, conforme o artigo 43 da Lei mencionada. **Quanto à pena de reclusão, o regime inicial será o fechado, em razão da previsão legal, sem olvidar dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, especialmente da reincidência.**

Demais, a Lei 11.343/06 revela seu espírito, sua intenção, da Lei, (e do Legislador), de aumentar a repressão ao tráfico de drogas.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, uma vez que não preenchidos os requisitos do art. 44, notadamente em face da insuficiência da medida e, ainda, pela inconciliabilidade com a determinação de cumprimento inicial da pena em regime fechado, sem olvidar da reincidência.

Demais, em que pese a suspensão da vigência da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" contida no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, em virtude da Resolução nº 5, publicada em 16 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, as características do caso em tela exigem reprovação penal diferenciada, ou seja, a substituição seria insuficiente para a resposta penal.

Preso cautelarmente, não poderá recorrer em liberdade (RHC 55.109, DJU 27.5.77, p. 3459; RHC 56.943, DJU 27.4.79, p. 3381; RHC 58.286, DJU 3.10.80, p. 7735).

(...)

De outra banda, colhe-se do aresto impugnado (fls. 70/72):

(...)

A pena-base foi fixada 1/6 acima do mínimo sob o argumento de o réu possui conduta social e personalidade voltadas ao crime, em razão de uma condenação aguardando julgamento de recurso e outras condenações nas quais foi beneficiado pela prescrição, bem como pela quantidade e de drogas apreendidas (15 porções de crack).

Entretanto, consoante a Súmula 444 do STJ, tais processos em andamento e beneficiados pela prescrição não podem ser utilizados para majorar a pena-base, sendo, inclusive, reconhecida a repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 591054 RG/SC.

Assim, afastando-se a fundamentação utilizada para reconhecer a conduta social e personalidade voltadas ao crime, remanesce a circunstância desfavorável em razão da quantidade significativa de substância entorpecente, de alto poder nocivo, que justifica a exasperação da pena-base na fração ordinariamente utilizada de 1/6.

Na segunda fase, foi recrudescida a pena em 1/6 diante da **reincidência** (fls. 85-apenso), não merecendo reparo.

Outrossim, diante da quantidade de drogas apreendidas, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como da reincidência de Adriano, inaplicável a redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

O regime inicial não poderia mesmo ser outro que não o fechado. Cuida-se de crime que impulsiona a prática de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade como um câncer, de maneira que o regime prisional mais gravoso se mostra recomendável e o único suficiente para a prevenção e repressão dos delitos.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso tão somente para afastar a fundamentação utilizada para reconhecer à conduta social e personalidade voltadas ao crime, porém, sem reflexo na pena.

Em relação à pena-base, deve-se pontuar a princípio que, apesar de conceder parcialmente a ordem para afastar a fundamentação utilizada pelo magistrado na valoração negativa atribuída à personalidade e a conduta social do paciente, o aresto vergastado houve por bem manter o recrudescimento da sanção inaugural em 1/6, tendo por base, unicamente, a *"quantidade significativa de substância entorpecente, de alto poder nocivo, que justifica a exasperação da pena-base na fração ordinariamente utilizada em 1/6"*.

No ponto, ressalvado o entendimento pessoal desta Relatora em sentido contrário, os recentes julgados da Sexta Turma trilham no sentido de que *"A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem"*. (HC 304.886/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015). Confirmam-se a propósito outros julgados no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PROGRESSÃO CONCEDIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. PLEITO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRISÃO-PENA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Uma vez concedida, pelo Juízo das Execuções Criminais, a progressão da paciente ao regime aberto, resta superada a pretendida fixação do modo inicial mais brando de cumprimento de pena. Precedentes.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

3. Não há de existir impedimento a que o Tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa, possa emitir sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada no recurso.

4. Embora, no caso, a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, verifico que a situação da paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

5. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (60 pinos de cocaína), consoante o disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

6. Transitada em julgado a condenação da paciente, resta superada a análise da eventual presença dos fundamentos ensejadores da custódia preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal), por tratar-se, agora, de prisão-pena, e não mais de prisão processual.

7. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 254.070/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 04/02/2015)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MODO MAIS BRANDO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. ACRÉSCIMO DE FUNDAMENTOS. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e, especialmente o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, uma vez que a Corte estadual fundamentou, concretamente, a aplicação da minorante no menor patamar legalmente previsto, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente (10 tijolos de maconha, pesando ao todo 9.867,47 gramas).

3. Uma vez que foi apresentada fundamentação idônea e suficiente para a aplicação da fração de 1/6 de redução de pena, mostra-se inviável a aplicação da minorante em questão no maior patamar previsto em lei, como pretendido.

4. Não ofende a garantia da *ne reformatio in pejus* e, portanto, não há impedimento legal a que o Tribunal - ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa - emita, para dizer o direito aplicável à espécie (*jurisdicere*), sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas contraditoriamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada no recurso.

5. Embora, no caso, a Corte estadual tenha acrescentado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para manter o regime inicial fechado, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas, tem-se que a situação do paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação quanto a essa matéria, manteve-se inalterada a sentença condenatória nesse ponto.

6. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 275.110/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 27/11/2014)

Inexistentes óbices formais, *in casu*, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal no tocante à exasperação da pena-base, porquanto foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida - 15 (quinze) pedras de cocaína, na forma de crack, pesando 3,14 gramas -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Nesta esteira de inteligência, levando-se em consideração a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, o Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR VÍDEO CONFERÊNCIA. PRINCÍPIO DA PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO. VIDEOCONFERÊNCIA REALIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N. 11.900/2009. MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LEGALIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DA MINORANTE FUNDAMENTADA NA EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE ENCONTRADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. DESCABIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 33 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI ANTIDROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, I DO CÓDIGO PENAL.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - Segundo a legislação penal em vigor, revela-se imprescindível, quando alegada a nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio da pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563, do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV - Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, na graduação da pena-base, a natureza e a quantidade da droga apreendida na posse do Acusado, são preponderantes às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, não configurando ilegalidade seu arbitramento acima do mínimo legal, ainda que primário e com bons antecedentes. Precedentes.

V - Revela-se acertada a consideração da quantidade e natureza da droga apreendida - 13,9 kg (treze quilos e novecentos gramas) de cocaína -, para fins de aferição do percentual da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. Precedentes.

VI - Na hipótese de tráfico privilegiado, não enseja bis in idem a valoração da natureza e quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto tendente a impossibilitar a aplicação do redutor (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), em seu grau máximo. Precedentes.

VII - Não se configura flagrante ilegalidade a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade e natureza do entorpecente apreendido em poder do Paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

VIII - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

IX - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC 222.037/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO.

(...)

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA ENCONTRADA. MAJORAÇÃO DEVIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06.

1. Conforme a remansosa jurisprudência deste Tribunal Superior, o montante de entorpecente apreendido, nos termos do que dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/06, prepondera sobre as circunstâncias judiciais, sendo devido o aumento implementado na primeira fase da dosimetria da pena, ainda que favoráveis todas as balizas previstas no art. 59 do CP.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI ANTITÓXICOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. "São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante." (HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013) 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 222.544/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 12/02/2014)

No que tange a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, ainda que se não negue a ocorrência de *bis in idem* na utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 (REsp 1225059/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014), na hipótese vertente, denota-se que o **Colegiado estadual manteve, de forma escorreita, a negativa de incidência da referida causa especial de redução de pena, em razão da reincidência do paciente**. Assim, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, porquanto não preenchidos os requisitos legais para a concessão da benesse em comento.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDÔNEA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU REINCIDENTE. VEDAÇÃO EXPRESSA. TRANSNACIONALIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal no aumento da pena-base se, no acórdão impugnado, esclareceu-se ter sido grande a quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.045g (um mil e quarenta e cinco gramas) de "cocaína", pois o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o "juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto".

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições - como no caso, em que o Paciente é reincidente -, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "em se tratando o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes de delito de ação múltipla, que possui como núcleos verbais as condutas de "trazer consigo", "guardar" ou transportar", fica afastada a alegação de bis in idem pelo uso da causa especial de aumento de pena da transnacionalidade (art. 40, I, da Lei de Drogas)." (HC 173.174/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE -, DJe 19/04/2013.) 4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 206.674/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

4. A reincidência torna inaplicável a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em conta o não preenchimento de exigência determinada nesta regra, qual seja, ser o agente primário.

5. Não há falar em ocorrência de bis in idem, em razão do instituto jurídico da reincidência ter agravado a sanção na segunda etapa da estipulação da pena e impedido a aplicação da causa especial de diminuição da pena estabelecida no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, já que decorrem do cumprimento de expressa previsão legal.

6. É assente, nas Cortes Superiores, o entendimento de que, observada a reincidência (art. 63 do CP), há que se impor regime inicial mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).

7. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 164.342/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E USO DE IDENTIDADE FALSA. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA E DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS NÃO CONDIZENTE COM O WRIT. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE. ALTERAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem contra acórdão de apelação, como se fosse um sucedâneo recursal nominado.

2. O intento de absolver o paciente pelos delitos aos quais foi condenado e de desclassificar o delito de tráfico para uso de substância entorpecente não se coaduna com a via angusta do writ, pois depende de aprofundamento probatório.

3. Paciente que é reincidente e, por isso mesmo, não pode ser beneficiado com a causa especial de diminuição do tráfico.

4. Alteração do regime inicial de pena e de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos colocadas como consequência da redução da pena que não ocorreu. Montante, ademais, da reprimenda, que impede os pleitos.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta impetração.

6. Writ não conhecido.

(HC 172.712/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013)

Por derradeiro, no que atine ao regime inicial de desconto de pena, tenho que o aresto objurgado deve ser mantido indene. Com efeito, no caso em tela, é de se ver que a fixação do regime inicial mais gravoso não se deu com base, exclusivamente, no teor do superado art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072, alterado pela Lei nº 11.464/06, que estipulava a obrigatoriedade de regime inicial fechado. Pelo contrário, a sentença condenatória faz menção expressa às normas regência de estipulação de regime de cumprimento de pena predispostas nos arts. 33 e seguintes do Código Penal, confira-se:

(...)

Posto isso, o pedido inicial é PROCEDENTE para o fim de CONDENAR ADRIANO HENRIQUE MIRANDA como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e 680 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, conforme o artigo 43 da Lei mencionada. **Quanto à pena de reclusão, o regime inicial será o fechado, em razão da previsão legal, sem olvidar dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, especialmente da reincidência.**

Demais, a Lei 11.343/06 revela seu espírito, sua intenção, da Lei, (e do Legislador), de aumentar a repressão ao tráfico de drogas.

Nessa vereda, impende registrar que ao paciente foi imposta uma reprimenda final no importe de **06 (seis) anos, 09 meses e 20 (vinte dias de reclusão)**. Somando-se a isto a existência de **circunstância judicial desfavorável**, bem como a **reincidência**, inviável a fixação do regime inicial semiaberto, na forma como requerido pela impetração, sendo adequado às circunstâncias do caso concreto a aplicação do regime fechado para o início do desconto da pena, em observância ao disposto no artigo 33, §§2º e 3º, c.c. O artigo 59, ambos do Código Penal.

Não há, assim, flagrante ilegalidade, apta a superar a impropriedade da via eleita.

Ante o exposto, não o conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0175169-0

HC 330.656 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00431690720138260576 20150000207658 431690720138260576

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO CRISTOVÃO DE MENEZES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO HENRIQUE MIRANDA (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.