



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.564 - SP (2016/0290924-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIBONGISENI NGUNDZE (PRESO)
PACIENTE : KINGSLEY ABUMCHI (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 E FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

III - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

IV - **Na espécie**, a referida circunstância foi considerada na terceira fase da dosimetria, para impedir a incidência da minorante. Sendo desfavorável, portanto, ainda impede a fixação do regime prisional semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta aos pacientes, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.564 - SP (2016/0290924-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de SIBONGISENI NGUNDZE e KINGSLEY ABUMCHI em face de v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais multa, como incursos nas sanções do artigo 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o eg. Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, e deu acolheu parcialmente ao recurso ministerial, a fim de afastar o redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a reprimenda dos réus para 5 (cinco) anos de reclusão, mantendo-se, no mais, a r. sentença condenatória.

Daí o presente **writ**, no qual aduz a impetrante, em breve síntese, que *"a diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, uma vez preenchidos os requisitos, não se configura faculdade do magistrado, mas direito subjetivo do acusado"* (fl. 4).

Sustenta, ademais, que *"no caso, percebe-se não haver a necessária motivação na imposição de regime mais gravoso"* (fl. 7).

Requer, ao final, *"a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em sua fração máxima, bem como a fixação de regime inicial de cumprimento de pena compatível com a pena aplicada"* (fl. 8).

A liminar foi indeferida às fls. 33-35.

O Ministério Público Federal, às fls. 43-51, manifestou-se pelo **não conhecimento da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.564 - SP (2016/0290924-8)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 E FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

III - Desta forma, conforme orientação do col. STF, a circunstância desfavorável da natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos pode ser considerada ora na primeira fase, para exasperar a pena-base, ora na terceira fase da dosimetria, impedindo a aplicação ou modulando a fração de redução da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

IV - **Na espécie**, a referida circunstância foi considerada na terceira fase da dosimetria, para impedir a incidência da minorante. Sendo desfavorável, portanto, ainda impede a fixação do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta aos pacientes, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão reprochado, **in verbis**:

"[...] A redução de 1/5, operada na terceira fase da dosimetria, por conta do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, não pode prevalecer, impondo-se, nesse particular, que seja acolhido o pedido do Ministério Público, no sentido de que a causa de redução de pena seja afastada.

Afinal, os réus foram surpreendidos com cerca de um quilo e meio de cocaína, ou seja, com expressiva quantidade de droga de natureza altamente lesiva. Não bastasse, a substância entorpecente estava acondicionada em duas estátuas de santos, o que revela grau de organização acima da média.

E na esteira de precedente do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem afastado a incidência do redutor de que trata o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, em situações como esta retratada aqui.

[...]

Com o afastamento da causa de redução de penas do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, readequada a conduta dos réus para o tipo do artigo 33, caput, da Lei nº 11343/06, a pena aplicada a cada um deles passa a totalizar cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, no piso, o que corresponde ao mínimo legal. (Não houve pedido de majoração das penas por fatos diversos daqueles antes já examinados).

Quanto ao mais, o regime prisional inicial fechado foi corretamente fixado, em face da natureza do crime, que revela a periculosidade concreta dos agentes, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda" (fls. 20-27).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre asseverar, por oportuno, o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual *"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"*.

Sobre o tema, não se pode olvidar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Forçoso concluir, assim, que permitiu o col. STF, **mutatis mutandis**, a valoração de tal circunstância desfavorável (a quantidade e a natureza do entorpecente) na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena do delito de tráfico de drogas.

É o caso dos autos, em que, como visto, a referida circunstância foi fixada na terceira fase da dosimetria, **impedindo** a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, ainda impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ART. 44, I, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas - 53,11 g de maconha, 116,58 g de crack e 27,78 g de cocaína) justificam o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 (precedentes).

IV - O col. STF, por ocasião do julgamento do ARE 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

V - Na espécie, a quantidade e natureza do entorpecente foram valoradas para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Sendo desfavorável, portanto, a circunstância, impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Neste sentido, correta a fixação do regime fechado para o início de cumprimento da reprimenda (precedentes).

VI - Aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, a paciente não faz jus à substituição da reprimenda por pena restritiva de direitos (art. 44, inciso I, do CP).

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 309.244/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 21/5/2015, grifei).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0290924-8

HC 377.564 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0017938672014 00179386720148260050 17938672014 179386720148260050
20150000724093

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIBONGISENI NGUNDZE (PRESO)
PACIENTE : KINGSLEY ABUMCHI (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

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

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