



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.509 - SP (2017/0066280-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO NOGUEIRA DE MELO (PRESO)
PACIENTE : CIDIOMAR DE JESUS SOARES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.
2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das drogas envolvidas na empreitada criminosa – 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, 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 os pacientes "tinham envolvimento com atividade criminosa bem organizada e escalonada", motivos diversos, pois.
4. 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 7 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a elevada quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas – 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) – (art. 42 da Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. *Habeas corpus* denegado.

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, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de agosto de 2017 (Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.509 - SP (2017/0066280-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCIANO NOGUEIRA DE MELO (PRESO)
PACIENTE : CIDIOMAR DE JESUS SOARES (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO NOGUEIRA DE MELO e CIDIOMAR DE JESUS SOARES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0008461-49.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que, na data de 8.6.2016, os pacientes foram condenados à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 750 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Foi vedado aos réus o recurso em liberdade. Confirmam-se excertos do édito condenatório:

(...)

Com base nas diretrizes do art. 42, da Lei nº 11.343/06, que tem preponderância sobre o art. 59, do CP, é de se fixar as penas-base em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal para cada qual dos réus. As sanções nesta primeira fase da dosimetria restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto em vista da **absurda quantidade de drogas** apreendida, fato que revela a posição e a responsabilidade dos apenados no grupo criminoso de que faziam parte. Como se sabe, neste ponto, no Brasil inexiste a figura do traficante solo. Esta atividade espúria é invariavelmente muito organizada havendo distribuição de tarefas aos membros do grupo criminoso. Ademais, neste ponto ainda, a aplicação das sanções no patamar fixado se deve, também, às nefastas consequências deste espécie de delito para a sociedade, fato que levou à sua equiparação a crimes hediondos. Pelos mesmos motivos está **completamente afastada a possibilidade prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 posto que evidente que os réus tinham envolvimento com atividade criminosa bem organizada e escalonada como já mencionado**. Se os réus guardavam e manuseavam tamanha quantidade de drogas certamente ocupavam posições de confiança no meio do tráfico. **PENA FINAL PARA CADA QUAL DOS RÉUS: 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal**. O regime inicial de cumprimento das penas corporais é o FECHADO consoante prevê a alínea 'a', do § 2.º, do art. 33, do CP com autorização do § 3.º, do mesmo preceito legal em vista das consequências do crime, bem como em face dos motivos já explicitados quando da dosagem das penas no que se refere



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à personalidade dos apenados inclinada à delinquência organizada. Indefere-se a ambos o direito ao apelo em liberdade. Considerando todo o exposto e o mais que dos autos consta JULGO PROCEDENTE esta ação penal para o fim de CONDENAR LUCIANO NOGUEIRA DE MELO e CIDIOMAR DE JESUS SOARES, qualificados nos autos, por haverem infringido a proibição contida no 'caput', do art. 33, da Lei nº 11.343/06, às penas, cada qual, de 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal. As sanções privativas de liberdade serão inicialmente expiadas no regime FECHADO (fls. 21/22).

Não se resignando, a Defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal de origem na data de 24.11.2016. Confira-se a fundamentação do aresto, no que interessa:

(...)

Irresignados apela a objetivando a absolvição por insuficiência probatória; subsidiariamente, a fixação da pena base no mínimo legal, a aplicação do redutor em seu patamar máximo, o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(...)

Consta na denúncia que em 03 de fevereiro de 2016, LUCIANO NOGUEIRA MELO e CIDIOMAR DE JESUS SOARES 'agindo em concurso e unidade de propósitos, guardavam e tinham em depósito para entrega a consumo de terceiros, 696 gramas de maconha, 2.204,4 gramas de cocaína, sendo parte em pó, e parte na forma de pedras de 'crack', acondicionados em invólucros plásticos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (cf. auto de exibição e apreensão de fls. 09/13 e auto de constatação de fls. 14/17' (fls. 1-D/2-D).

(...)

A dosimetria da pena não necessita de reforma.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias multa.

Bem fundamentou a magistrada o aumento da pena, diante da vultosa quantidade de entorpecentes apreendidas.

Na segunda etapa, não foram consideradas agravantes ou atenuantes.

A I. Magistrada afastou a aplicação do redutor, já que se os réus guardavam e manuseavam tamanha quantidade de drogas seguramente ocupavam posições de confiança no meio do tráfico.

Mantém-se o regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade, inviável o seu abrandamento.

Trata-se de delito gravíssimo. Merece, portanto, tratamento mais rigoroso e severo.

Ademais, a gravidade concreta da conduta, decorrente da nocividade e elevada quantidade de entorpecente, revela sua elevada danosidade social, exigindo o regime fechado.

Foi negado aos réus o direito de recorrerem em liberdade.

Diante da quantidade da pena e de crime equiparado a hediondo a substituição das penas carcerárias por outras restritivas de direito não se mostra suficiente ou adequada para a prevenção e reprovação de condutas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa natureza. Além disso, como foi imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, por não atender o previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, não se dá provimento ao apelo (fls. 24/30).

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta a impetrante que foi arbitrariamente fixada a pena-base 2 anos e 7 meses acima do piso.

Registra que, "em relação à conduta social e personalidade dos agentes, nota-se que ambos são primários e possuem bons antecedentes, não havendo qualquer circunstância desfavorável aos réus ao ponto de justificar tamanho aumento" (fl. 2).

Argumenta que a natureza e a quantidade de droga não se presta a acrescer a pena-base em patamar tão elevado, mostrando-se desproporcional a elevação operada pelo magistrado singular.

Invoca os brocardos da razoabilidade e da proporcionalidade para justificar a redução da pena-base.

Alega, ademais, que deve ser reconhecida a minorante prevista no § 4.º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Verbera que "os réus são absolutamente primários e possuem bons antecedentes, sendo, assim, favoráveis as condições do artigo 59 do Código Penal" e, "considerando que ausente durante a instrução processual qualquer prova de que o acusado dedique-se a atividades criminosas ou integrem organização criminosa, não há fundamento legal para deixar de aplicar a redução da pena" (fls. 3/4).

Sublinha que incidiu em indevido *bis in idem* o julgador sentenciante, visto que declinou a quantidade de drogas para acrescer a pena-base e afastar a causa de diminuição, não se aplicando o artigo 42 da lei em liça para expurgar o redutor.

Enaltece que "a lei estabeleceu critérios objetivos para orientar o julgador no momento da redução, de maneira que, *data venia*, não cabe ao juiz criar critérios no bojo da sentença" (fl. 5).

Consigna que as folhas de antecedentes dos pacientes não permitem o entendimento de que os acusados se dedicam a atividades criminosas.

Defende, ainda, que o regime inicial menos gravoso deve ser fixado, haja vista que a hediondez do delito e a sua gravidade abstrata não justificam o regime fechado.

Aduz que, "em homenagem ao princípio constitucional da individualização da pena, e levando-se em conta que os requisitos previstos no artigo 59, do Código Penal, são em geral favoráveis ao acusado, bem como a quantidade da pena nos termos do artigo 33, § 2.º, b, do Código Penal, cabível a fixação de regime inicial SEMIABERTO e se acolhido os pedidos subsidiários regime ABERTO" (fl. 8).

Por fim, assere ser cabível a substituição das sanções reclusivas por restritivas de direitos, visto que o tráfico privilegiado afasta a hediondez da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente, seja facultado aos pacientes aguardar em liberdade o julgamento final desta impetração. No mérito, pugna pela i) a redução das penas-base para o patamar do mínimo legal; ii) a aplicação da causa de diminuição de pena; iii) a modificação do regime inicial de cumprimento das reprimendas para o menos gravoso; e iv) a substituição das sanções reclusivas por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 34/38.

Foram prestadas informações às fls. 45/81 e 83/102.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Francisco Xavier Pinheiro Filho, pelo não conhecimento do *writ*, mas pela "concessão da ordem de ofício apenas para que a natureza e quantidade de drogas apreendidas sejam valoradas em apenas uma fase da dosimetria da pena, mantendo-se, no mais, o acórdão estadual"(fls. 105/115).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 393.509 - SP (2017/0066280-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 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. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.
2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a expressiva quantidade das drogas envolvidas na empreitada criminosa – 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).
3. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, 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 os pacientes "tinham envolvimento com atividade criminosa bem organizada e escalonada", motivos diversos, pois.
4. 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 7 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
5. Mantido o regime inicial fechado pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a elevada quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas – 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.
6. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Busca-se, por meio da presente impetração, a redução da pena-base e a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, bem como a fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Coord. Marcellus Polastri Lima *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Magistrado de primeira instância acerca do tema:

Com base nas diretrizes do art. 42, da Lei nº 11.343/06, que tem preponderância sobre o art. 59, do CP, é de se fixar as penas-base em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 750 (seiscentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal para cada qual dos réus. As sanções nesta primeira fase da dosimetria restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto em vista da **absurda quantidade de drogas** apreendida, fato que revela a posição e a responsabilidade dos apenados no grupo criminoso de que faziam parte. Como se sabe, neste ponto, no Brasil inexiste a figura do traficante solo. Esta atividade espúria é invariavelmente muito organizada havendo distribuição de tarefas aos membros do grupo criminoso. Ademais, neste ponto ainda, a aplicação das sanções no patamar fixado se deve, também, às nefastas consequências deste espécie de delito para a sociedade, fato que levou à sua equiparação a crimes hediondos. Pelos mesmos motivos está **completamente afastada a possibilidade prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 posto que evidente que os réus tinham envolvimento com atividade criminosa bem organizada e escalonada como já mencionado**. Se os réus guardavam e manuseavam tamanha quantidade de drogas certamente ocupavam posições de confiança no meio do tráfico. PENA FINAL PARA CADA QUAL DOS RÉUS: 7 (sete) anos, 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa no piso mínimo unitário legal (fl. 21) (grifou-se).

A Corte de origem, por sua vez, ratificou o posicionamento adotado pelo Juízo de primeiro grau.

Verifica-se, dessarte, que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto tendo em vista a expressiva quantidade das drogas envolvidas na empreitada criminosa – 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) (fl. 15) –, 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, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assim, levando em consideração a quantidade dos entorpecentes apreendidos, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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 quantidade, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que os pacientes "tinham envolvimento com atividade criminosa bem organizada e escalonada" (fl. 21), motivos diversos, pois. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA E ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCENTE. NÃO APLICAÇÃO. RÉ QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que o aumento da pena-base pela aferição desfavorável da quantidade e da variedade de drogas (45 porções de cocaína e 1.698 Kg de maconha, em forma de tijolo, e mais 372 gramas de maconha) está desproporcional, tendo em vista as demais vertentes favoráveis aos pacientes e às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos de reclusão), razão pela mostra-se suficiente à reprovação do fato, o deslocamento da reprimenda inicial em dois anos de reclusão.

4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Tratando-se o paciente Júlio César de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedente.

6. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

7. Concluído pelo Tribunal de origem que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, tendo em vista a variada e significativa quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas, assim como sua própria confissão, é inadmissível o reconhecimento do tráfico privilegiado. 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).

8. Não há se falar em *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação da agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

9. A reincidência do paciente Júlio Cesar obsta o reconhecimento do tráfico privilegiado, em razão da falta do atendimento dos requisitos legais.

10. Readequada a pena dos pacientes para 7 anos (Júlio César) e 5 anos e 10 meses de reclusão (Amanda Ferreira), o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) deve ser mantido, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta aos pacientes, resultando definitiva em 7 anos de reclusão para Júlio César Silvério de Paula e 5 anos e 10 meses de reclusão para Amanda Ferreira Xavier.

(HC 363.600/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) (grifou-se)

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. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

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 das substâncias entorpecentes apreendidas, 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, motivos diversos, pois.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 380.402/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017) (grifou-se)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. 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 quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. Configura, no entanto, indevido bis in idem a utilização de tal circunstância para fundamentar o aumento da pena-base e, também, justificar o quantum de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- **No caso, não se operou o vedado bis in idem. Isso porque, foram utilizados dois fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e arbitrar o redutor na terceira fase da dosimetria da pena. A pena-base se afastou do mínimo legal com fundamento na diversidade/nocividade das drogas, sendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos é que foi utilizada para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar uma redução menor que a máxima.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 381.333/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017) (grifou-se)

Outrossim, não se afigura possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A título ilustrativo, imperativo transcrever o comando de regência da matéria, previsto no Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

No caso em tela, a reprimenda final dos pacientes restou fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão, ultrapassando, portanto o limite legal para incidência da benesse nos crimes dolosos. Assim, de acordo com a disciplina do instituto da pena restritiva de direitos, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente *writ*. Nesta senda:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL INVIÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Uma vez que a pena final foi fixada em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, por ausência dos requisitos previstos no art. 44 do CP. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando-se as penas do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 382.241/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto no cumprimento da pena.

(HC 373.574/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

10. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos de reclusão e ostenta circunstância judicial desfavorável (tanto que a sua pena-base ficou estabelecida acima do mínimo legal), dúvidas não há de que o regime inicial fechado é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

11. Não há como ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a condenado ao cumprimento de reprimenda superior a 4 anos de reclusão, por ausência de preenchimento do requisito objetivo.

12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do relator.

(HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, confira-se a fundamentação adotada pelo Colegiado estadual:

Ademais, a gravidade concreta da conduta, decorrente da nocividade e elevada quantidade de entorpecente, revela sua elevada danosidade social, exigindo o regime fechado (fl. 29).

Verifica-se, pois, que o Tribunal *a quo*, ao analisar o tema, manteve o regime fechado em razão da elevada quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas, a saber: 696 g de maconha e 2.204,4 g de cocaína (parte em pó, parte na forma de *crack*) (fl. 15).

É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, 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, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA.

1. Não há falar em bis in idem, tendo em vista que o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastado, no caso, em razão da conclusão de que o paciente possuiria elo com facções criminosas. A tese recursal de que não haveria respaldo probatório para a conclusão adotada no sentido de que o agravante teria envolvimento com organização criminosa, para ser acolhida, demandaria ampla dilação em fatos e provas, o que não se harmoniza com o rito do habeas corpus, de cognição sumária.

2. Regime fechado mantido e devidamente fundamentado ao se considerar a quantidade, diversidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas (800 g de maconha, 380 g de cocaína e 342 g de crack).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 389.816/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL. TRIBUNAL QUE APLICOU O REGIME FECHADO EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal.

- Na hipótese, como bem destacado pelo Tribunal a quo, tendo em vista a diversidade, natureza e considerável quantidade de droga apreendida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recomendável a fixação do regime inicial fechado 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. Precedentes.

- Habeas Corpus não conhecido.

(HC 382.307/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 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. 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 organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Concluído pelo Tribunal de origem, com base na expressiva quantidade e na natureza de droga apreendida (171 porções de crack) 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. (Precedentes).

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas.

5. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos e 10 meses de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida. (Precedente)

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisito objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 382.243/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Tem-se, assim, que a irrisignação não merece prosperar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0066280-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 393.509 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00084614320168260050 000846492016 20160000877919 2482016 84614320168260050
846492016

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

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. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCIANO NOGUEIRA DE MELO (PRESO)
PACIENTE	: CIDIOMAR DE JESUS SOARES (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.