



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.851 - SC (2013/0160266-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JANDER CAUVILLA COUTINHO
ADVOGADO : JANDER CAUVILLA COUTINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : PAULO CÉSAR BONIFÁCIO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, que não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual foi interposto recurso especial - não admitido -, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A alegada inexistência de provas aptas a fundamentar a condenação do paciente é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do *habeas corpus* o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

AQUISIÇÃO DE ENTORPECENTES. FATO QUE CARACTERIZA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIPICIDADE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. INVIABILIDADE.

1. A aquisição de substância entorpecente é uma das formas pelas quais se configura o delito de tráfico previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, cuja consumação prescinde que o agente seja flagrado no exato momento em que a transação esteja sendo concretizada, mormente como ocorre na hipótese, em que outros elementos de prova corroboram a afirmação contida na exordial acusatória.

2. Comprovada a propriedade das drogas, não há falar em tentativa.

DOSIMETRIA. PENA-BASE ELEVADA COM FUNDAMENTO NA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA FIXAÇÃO DA PENA. *BIS IN IDEM*. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI 11.343/2006. SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES ADQUIRIDAS E EFETIVAMENTE TRANSPORTADAS DE UM ESTADO DA FEDERAÇÃO PARA OUTRO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS NO PATAMAR MÍNIMO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006 deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 do referido diploma legal.

2. Ao interpretar o mencionado dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

3. Apesar de o paciente não ter sido flagrado na posse dos entorpecentes, que foram apreendidos em poder do corréu, restou comprovado que as drogas foram por ele adquiridas, o que é suficiente tanto para que a sua natureza e quantidade sejam consideradas na dosagem da sanção, quanto para a aplicação da causa de aumento prevista no inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006.

4. No caso dos autos, a natureza e a quantidade das drogas foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, razão pela qual, ausentes outras circunstâncias judiciais negativas, fixa-se a sua pena-base no mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

5. Inexistentes circunstâncias atenuantes e agravantes, mantém-se a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 11.343/2006, no patamar estabelecido na origem, já que restou comprovado que as drogas adquiridas pelo paciente foram transportadas de Foz do Iguaçu/PR para Itapema/SC, chegando-se à sanção de 5 anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

6. Na terceira etapa da dosimetria, as circunstâncias apontadas pelas instâncias de origem justificam a redução da reprimenda em 1/6 com base no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, restando a reprimenda estabelecida definitivamente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

7. Tratando-se de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão, inviável a sua substituição por reprimendas restritivas de direito, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

REGIME INICIAL FECHADO. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE O JUSTIFICAM. NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado para o condenado à pena inferior a 8 (oito) anos de reclusão pelo crime de tráfico de entorpecentes, quando são declinados fundamentos concretos para o estabelecimento do modo de resgate mais gravoso, no caso, a prática de tráfico interestadual de grande quantidade de drogas, bem como a existência de indícios de que os acusados teriam elevado grau de envolvimento com a prática delituosa, que consistiria no seu modo de vida.

2. É possível a utilização da quantidade e da natureza das drogas apreendidas neste momento da dosimetria, ainda que consideradas na primeira ou terceira fases da fixação da pena, sem que se cogite de qualquer ilegalidade. Precedentes do STJ e do STF.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o regime inicial fixado na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 09 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.851 - SC (2013/0160266-2)

IMPETRANTE : JANDER CAUVILLA COUTINHO
ADVOGADO : JANDER CAUVILLA COUTINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : PAULO CÉSAR BONIFÁCIO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PAULO CÉSAR BONIFÁCIO, apontando como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento à Apelação Criminal n. 2013.010279-9.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 545 (quinhentos e quarenta e cinco) dias-multa, como incurso no artigo 33, combinado com o artigo 40, inciso V, ambos da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido desprovido.

Sustenta o impetrante que o paciente seria alvo de constrangimento ilegal, pois não haveria prova para a fundamentação da sentença condenatória.

Aduz que o depoimento extrajudicial do corréu estaria viciado, pois as declarações que teria prestado seriam por orientação dos policiais, que o ameaçavam de choque.

Alega que a acusação não teria logrado êxito em comprovar que o paciente teria cometido qualquer delito, salientando que o ato de encomendar entorpecente não está previsto em lei como fato típico.

Destaca que o paciente jamais teria portado, transportado ou recebido a droga supostamente encomendada ou realizado qualquer pagamento para tal fim.

Entende que seria ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como a aplicação da causa de aumento prevista no inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006, na medida em que nenhum entorpecente foi encontrado com o paciente.

Ressalta que as instâncias de origem teriam incorrido em *bis in idem* ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizar os mesmos argumentos (quantidade e qualidade do entorpecente apreendido) para fixar a pena-base acima do mínimo e para mitigar a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Argumenta que o paciente faria jus à aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do artigo 33 da Lei de Tóxicos em seu patamar máximo.

Defende a ilegalidade da fixação do regime inicial fechado, já que teriam sido utilizados fundamentos inidôneos para tanto, violando-se o disposto nos enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Requer a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido e, subsidiariamente, para que seja reconhecida a tentativa; afastada a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006; fixada a pena-base no mínimo legal; aplicada a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas no patamar máximo; reconhecido o *bis in idem* apontado; aplicado regime diverso do fechado; e substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 457/459.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 466/469), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 487/493, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.851 - SC (2013/0160266-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente, o reconhecimento da prática do crime na modalidade tentada, ou a redução da reprimenda que lhe foi imposta, estabelecendo-se regime diverso do fechado para o resgate da sanção privativa de liberdade, bem como a sua substituição por reprimenda restritiva de direitos.

O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame**.

Tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em sede de apelação criminal, contra o qual foi interposto recurso especial - não admitido -, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, em decorrência da inadmissão do recurso especial interposto pelo ora paciente, foi apresentado o agravo cabível, o qual não foi conhecido.

Percebe-se, então, que a presente impetração implica uma segunda apreciação, por este Superior Tribunal de Justiça, do processo criminal instaurado contra o paciente, circunstância que reforça o não cabimento do *mandamus* em exame.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, quanto à alegada falta de provas aptas a embasar a condenação em tela, é imperioso consignar que a magistrada singular formou seu livre convencimento de acordo com o conjunto probatório produzido tanto na fase inquisitorial quanto na instrução criminal, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente.

A togada de origem aduziu que o corréu Bruno, ao ser inquirido pela autoridade policial, declarou que estaria trazendo a droga de Foz do Iguaçu/PR para entregá-la ao ora paciente, e que a substância entorpecente lhe teria sido fornecida por paraguaio conhecido por "Chirú", bem como que teria recebido R\$ 500,00 (quinhentos reais) pelo serviço (e-STJ fls. 318/319).

Registrou que embora o paciente tenha negado a prática do delito em sede policial, afirmando que nada teria a ver com a droga apreendida com Bruno, suas declarações não estariam de acordo com a realidade fática, já que as demais provas amealhadas a rechaçariam (e-STJ fl. 319).

Esclareceu que, em juízo, os policiais responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados relataram haver recebido denúncia anônima segundo a qual o paciente receberia uma carga de entorpecentes vinda de Foz do Iguaçu/PR, e que a droga chegaria pela Rodoviária de Itapema (e-STJ fls. 319/320).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seus depoimentos, os militares asseveraram que compareceram ao local, avistando o ora paciente, que estaria à espera de alguém, sendo que, em seguida, um ônibus vindo da cidade de Foz do Iguaçu parou, e dele desceu o corréu Bruno, carregando uma bolsa azul, tendo ambos os acusados se encontrado e se dirigido a um ponto de táxi, conversando, local em que foram abordados, tendo a porção de maconha sido encontrada no bolso de Bruno, e o crack na bolsa que carregava, razão pela qual ambos foram presos em flagrante (e-STJ fl. 320/322).

A Juíza de Direito ressaltou, ainda, que de acordo com o depoimento de um dos milicianos que participou do flagrante, o paciente já estava sendo investigado pela possível prática do delito de tráfico de drogas (e-STJ fls. 320/321).

Finalmente, a magistrada consignou que *"ambos os acusados e a droga foram presos/apreendidos no mesmo contexto fático, ou seja, **Bruno Henrique da Silva** trazia consigo elevada quantidade de estupefacientes (462g de crack e 6,3 de maconha) que havia sido adquirida/encomendada por **Paulo César Bonifácio** e seria destinada ao comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (e-STJ fl. 322).

Tal compreensão foi compartilhada pelo Tribunal de origem, ao assentar que os depoimentos dos policiais são contundentes quanto ao modo em que a droga foi apreendida, e revelariam que o paciente adquiriu a droga na cidade de Foz do Iguaçu/PR e se utilizado de Bruno como popular "mula" para trazê-la à Itapema/SC, sendo que as substâncias somente não teriam trocado de mãos na entrega porque a polícia realizou a abordagem no momento em que se dirigiam a um taxi para concretizar a transação em outro local (e-STJ fls. 433/439).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que a magistrada singular apresentou fundamentação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa, é imprescindível, repita-se, a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do presente remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO (RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA). PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. (...) ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

4. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, apreciar os pedidos de absolvição e de desclassificação da conduta de tráfico ilícito de drogas para uso de entorpecentes, dada a necessidade de aprofundado exame do acervo fático-probatório. Precedentes.

(...)

10. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 283.548/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. 1) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE ENTORPECENTE. INADMISSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para se acolher o pedido de desclassificação, afastando a conclusão do Tribunal a quo, quanto à autoria e materialidade do crime de tráfico, é necessário o reexame de provas, inadmissível na via estreita do habeas corpus.

(...)

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem analise se o paciente preenche ou não os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, avaliando a incidência do instituto, bem como, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, fixe o regime prisional inicial mais adequado.

(HC 271.161/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, tendo as decisões impugnadas asseverado que há provas da ocorrência dos delitos e da autoria atribuída ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há falar em desconstituição do édito repressivo, pois, de uma superficial análise do contexto fático-probatório contido no remédio constitucional, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal.

Em arremate, é necessário registrar que não há nas peças processuais que instruem o presente *mandamus* qualquer evidência de que o depoimento prestado pelo corréu Bruno estaria viciado, valendo destacar que o Tribunal Estadual, após examinar o vídeo que conteria as declarações por ele prestadas, não vislumbrou a existência de qualquer pressão ou ameaça por parte dos policiais (e-STJ fl. 435).

Ainda que assim não fosse, da leitura do édito repressivo e do acórdão que o confirmou constata-se que a autoria imputada ao paciente não foi extraída apenas da confissão extrajudicial do corréu, mas principalmente dos depoimentos prestados em juízo pelos policiais que realizaram a prisão em flagrante dos acusados, tudo a reforçar a inexistência de qualquer ilegalidade na sua condenação.

Quanto à afirmação de que o paciente não teria cometido qualquer fato típico, em razão da alegada atipicidade do ato de encomendar entorpecentes, observa-se que, tal como consignado no aresto impugnado, ele teria praticado o crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 na modalidade "adquirir", cuja consumação prescinde que o agente seja flagrado no exato momento em que a transação esteja sendo concretizada, mormente como ocorre na hipótese, em que outros elementos de prova corroboram a afirmação contida na exordial acusatória.

No que se refere à alegada prática do crime na forma tentada, verifica-se que o crime de tráfico é permanente e, na modalidade increpada ao paciente, consuma-se no momento em que a aquisição da substância entorpecente é feita, sendo dispensável a sua efetiva entrega, ou mesmo o pagamento do preço ajustado, bastando, para tanto, que o conjunto probatório confirme as tratativas denunciadas.

Finalmente, no tocante à pretendida redução da pena imposta ao paciente, razão assiste ao impetrante.

Como se sabe, a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao sentenciado, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o magistrado, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do artigo 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Em se tratando de crime previsto na Lei de Drogas, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, ainda, e com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *verbis*:

Art. 42. 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.

Ao interpretar o mencionado dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (ARE 666334 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL -
MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

No caso dos autos, é necessário esclarecer, antes de mais nada, que apesar de o paciente não ter sido flagrado na posse dos entorpecentes, pois foram apreendidos em poder do corréu, restou comprovado que as drogas foram por ele adquiridas, o que é suficiente para que a sua natureza e quantidade sejam consideradas tanto na dosagem da sanção, quanto para a aplicação da causa de aumento prevista no inciso V do artigo 40 da Lei 11.343/2006.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta colenda Quinta Turma:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) 2. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. CONVERSAS TELEFÔNICAS SUFICIENTES A DEMONSTRAR A COMPRA E VENDA DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 3. SUBSTÂNCIA PROSCRITA APREENDIDA EM PODER DE CORRÉU. DEMONSTRAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DE TODOS NA ATIVIDADE DE MERCANCIA. TIPICIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. (...) 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA REDUZIR A REPRIMENDA.

(...)

2. Muito embora o art. 158 do Código de Processo Penal estabeleça a indispensabilidade do exame de corpo de delito nos casos de infrações penais que deixem vestígios, tal exigência não é de ser reclamada como uma necessária condição para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pois o próprio art. 167 do Código de Processo Penal estabelece que, não sendo possível o referido exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a sua falta. Com efeito, conquanto não se tenha logrado êxito na apreensão de substâncias entorpecentes em poder do paciente, o sentenciante apresentou substancial conjunto probatório que consubstancia corpo de delito indireto suficiente a justificar a condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas, notadamente diante do teor das conversas telefônicas interceptadas, cujo conteúdo demonstra as atividades de compra e venda de drogas, o que vem corroborado com as demais provas constantes dos autos.

3. Além disso, a ação penal originou-se de ampla investigação, na qual houve a prisão em flagrante de outros acusados de integrar a associação criminosa voltada à prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidos entorpecentes em poder dos corréus. Diante desse quadro, inviável acolher a tese assinalada na inicial, pois, de acordo com a jurisprudência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, a apreensão da substância proscrita com coautores do crime de tráfico é suficiente para atestar a materialidade do delito, não havendo se falar em ausência de provas à condenação.

Precedentes.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena do crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa; a do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, para 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 900 (novecentos) dias-multa, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

(HC 287.703/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014)

Fixada tal premissa, cumpre trazer à baila os fundamentos utilizados pela magistrada singular ao estabelecer a pena imposta ao paciente, as quais foram confirmadas pela Corte Estadual no julgamento do apelo da defesa:

"A reprovabilidade da conduta não supera a normalidade. O acusado não registra antecedentes criminais (fls. 40/41). A conduta social e a personalidade não restaram esclarecidas. Os motivos do crime consistem na obtenção de lucro fácil mediante a disseminação de entorpecentes, que não serão ponderados porque inerentes ao tipo. As circunstâncias do crime são gravosas, considerando a quantidade da droga - 462g de crack e 6,3g de maconha - e sua natureza sabidamente maléfica. As consequências não foram graves. Não há comportamento da vítima a sopesar nestes autos.

Ponderadas as circunstâncias judiciais acima mencionadas, fixo a pena base em 06 anos de reclusão, mais pagamento de 560 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 avos do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista a possível situação econômica do acusado.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes a serem consideradas, pelo que a pena permanece inalterada.

*Na terceira fase, em decorrência da causa especial de aumento de pena prevista pelo artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 (conforme exaustivamente demonstrado a droga era proveniente da cidade de Foz do Iguaçu - PR e foi apreendida nesta Comarca, logo após o passageiro e acusado **Bruno Henrique da Silva** ter desembarcado do ônibus oriundo de outro Estado), aumento a pena em 1/6, fixando-a em 07 anos de reclusão, mais 653 dias-multa. Em seguida, em decorrência da causa de especial de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*diminuição estatuída pelo artigo 33, § 4º, da mesma Lei, considerando a elevada quantidade e natureza da droga, as circunstâncias do delito que revelam conluio prévio entre os acusados para a prática do delito, o fato de que a droga já havia sido transportada de um Estado ao outro, quando da prisão, bem como que há nos depoimentos policiais informações de que havia uma investigação sobre **Paulo César Bonifácio** envolvendo a prática do delito de tráfico de drogas, diminuo-a em 1/6, fixando-a definitivamente em **05 anos e 10 meses de reclusão**, mais pagamento de **545 dias-multa**, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente por ocasião dos fatos, uma vez que não foi apurada a situação econômica do réu." (e-STJ fls. 327/328).*

Da leitura das passagens acima reproduzidas, observa-se que a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas com o corréu foram consideradas tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, procedimento que contraria a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, é necessário afastar o aumento procedido quando da fixação da pena-base, reduzindo-a para o mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa -, dada a ausência de outras circunstâncias judiciais negativas.

Inexistentes atenuantes e agravantes, mantém-se a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, no patamar estabelecido na origem, já que restou comprovado que as drogas adquiridas pelo paciente foram transportadas de Foz do Iguaçu/PR para Itapema/SC, chegando-se à sanção de 5 anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na terceira etapa da dosimetria, considerando-se a natureza e a quantidade dos estupefacientes apreendidos - 462 gramas de crack e 6,3 gramas de maconha -, bem como as demais circunstâncias apontadas pela togada sentenciante, tais como a existência de investigação contra o paciente pela prática do crime de tráfico, bem como o seu prévio conluio com o corréu para o cometimento do ilícito, não se constata qualquer ilegalidade na redução da reprimenda em 1/6 com base no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, motivo pelo qual tal percentual é mantido, restando a reprimenda estabelecida definitivamente em 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

Tratando-se de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, inviável a sua substituição por reprimendas restritivas de direito, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Quanto ao regime de cumprimento da sanção reclusiva, da leitura do édito repressivo depreende-se que a autoridade judicial afirmou que as circunstâncias do caso concreto - tráfico interestadual de grande quantidade de drogas -, bem como os indícios de que os acusados teriam elevado grau de envolvimento com a prática delituosa, que consistiria no seu modo de vida, recomendariam a sua fixação no modo inicial fechado (e-STJ fl. 329).

Percebe-se, assim, que foram declinados fundamentos concretos para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso, valendo frisar que é plenamente viável a utilização da quantidade e da natureza das drogas apreendidas para tal fim, ainda que consideradas na primeira ou terceira fases da fixação da pena, sem que se cogite de qualquer ilegalidade.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO MAGISTRADO. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)

2. As circunstâncias concretas do delito e a quantidade e qualidade da droga apreendida, responsáveis pelo aumento da pena-base, constituem fundamentos aptos a inviabilizar a fixação de regime diverso do fechado. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 493.746/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 28/08/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. (...) ALTERAÇÃO DE REGIME. INVIABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO IDÔNEO A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM ENTENDIMENTO DO STJ. SÚM. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...)

3. "Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que a natureza e a quantidade da droga apreendida (...) constituem elementos idôneos a justificar a imposição do regime prisional mais gravoso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o cabível em razão da sanção imposta" (AgRg no HC 280.819/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 11/03/2014, DJe 09/05/2014).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 500.988/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014)

No mesmo norte colhe-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. (...) PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. VIABILIDADE. (...) ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 2. O acórdão impugnado restabeleceu o regime inicial fechado imposto pelo magistrado de primeiro grau em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP (quantidade de droga). Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fixado no acórdão atacado. (...) 4. Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006.

(HC 119811, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014)

Inviável, assim, o estabelecimento de regime menos gravoso para o início do cumprimento da pena imposta o paciente.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para reduzir as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além do pagamento de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, mantido o regime inicial fixado na sentença.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0160266-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.851 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 125110084091 181100075 20120284919 20120522819 20130102799

EM MESA

JULGADO: 09/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JANDER CAUVILLA COUTINHO
ADVOGADO	: JANDER CAUVILLA COUTINHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: PAULO CÉSAR BONIFÁCIO (PRESO)
CORRÉU	: BRUNO HENRIQUE DA SILVA

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.