



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.105 - SP (2019/0215510-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO
ADVOGADO : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE FERREIRA CAMPOS RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 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 FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
3. Concluído pelas instâncias antecedentes que o paciente é habitual no comércio de entorpecentes, em razão das circunstâncias do delito, transporte de expressiva quantidade de entorpecente - 15 tabletes de maconha (13,5 kg) -, da cidade de Loanda-PR para Belo Horizonte-MG, a alteração desse entendimento – para 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. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
6. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.105 - SP (2019/0215510-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO
ADVOGADO : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE FERREIRA CAMPOS RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **KAIQUE FERREIRA CAMPOS RODRIGUES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 27 dias, em regime fechado, mais pagamento de 606 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c o 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a sanção para 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa, mantido o modo prisional mais gravoso.

Neste *writ*, alega o impetrante que a quantidade da droga apreendida não é suficiente para afastar o redutor do tráfico privilegiado, sobretudo quando preenchidos os requisitos legais.

Salienta que restou comprovado que o paciente atuou como "mula do tráfico", não tendo qualquer vínculo com organização criminosa.

Sustenta que o regime fechado está amparado apenas na gravidade abstrata e na hediondez do delito, em contrariedade às Súmulas 718 e 719 do STF.

Requer, assim, o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, a fixação do modo prisional mais brando e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 60).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 66-68).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 90-93).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.105 - SP (2019/0215510-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO
ADVOGADO : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE FERREIRA CAMPOS RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 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 FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Concluído pelas instâncias antecedentes que o paciente é habitual no comércio de entorpecentes, em razão das circunstâncias do delito, transporte de expressiva quantidade de entorpecente - 15 tabletes de maconha (13,5 kg) -, da cidade de Loanda-PR para Belo Horizonte-MG, a alteração desse entendimento – para 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. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

6. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação 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.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Juízo sentenciante afastou a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas pelos seguintes fundamentos:

"Na terceira fase da dosimetria não há causa de diminuição de pena, por outro lado, tendo em vista que a conduta delitiva do réu ocorrera entre os Estados da Federação, aumento sua pena em mais 1/6, conforme determina o artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006, resultando em 06 ANOS E 27 DIAS DE RECLUSÃO E 606 DIAS-MULTA. Ressalta-se que não cabe a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do réu (13,5Kg), por si só, não deixa dúvidas de que este se trata de pessoa dedicada à criminalidade. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO.

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a considerável quantidade de droga apreendida - 350 (trezentos e cinquenta) invólucros de cocaína, 250 (duzentos e cinquenta) pedras de crack e 99 (noventa e nove) invólucros de maconha - justifica a não aplicação do redutor inserto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. 2.

Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas." (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.) 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ HC: 249874 SP 2012/0157533-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/08/2013, T5-QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013)

Não havendo qualquer outra circunstância judicial ou legal a ser analisada, torno definitiva a pena do réu em 06 ANOS E 27 DIAS DE RECLUSÃO E 606 DIAS-MULTA, no valor mínimo legal" (e-STJ, fls. 41-42).

A Corte de origem, ao dar parcial provimento para reduzir a sanção imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, manteve afastada a incidência da referida minorante, em decisão assim motivada:

"A pena base foi acertadamente fixada acima do mínimo legal em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias multa, no mínimo, em razão da enorme quantidade de droga encontrada com o acusado, qual seja, treze quilos.

O tráfico de drogas é crime de perigo contra a saúde pública e, levando em consideração a elevadíssima quantia de entorpecente, tal circunstância deve ser devidamente analisada na fixação da pena, em face da maior reprovabilidade da conduta.

[...]

A quantidade de droga considera o potencial de prejuízo à saúde pública que a atividade do traficante venha causar e, tal preceito está em consonância com o princípio da individualização das penas, pois trata de maneira diferente o pequeno traficante daquele já consolidado que lida com maiores quantidades de entorpecentes.

E, como se não bastasse a autorização legal, saliente-se que é pacífico na jurisprudência a possibilidade de majoração da pena em decorrência da quantidade do entorpecente apreendido:

[...]

Na segunda fase, entretanto, a redução da pena deve ser maior, por conta da presença de duas atenuantes, a confissão e a menoridade relativa do réu. Portanto, diminui-se a reprimenda em 1/5, retornando à base.

Na derradeira etapa da dosimetria foi acertadamente reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V da Lei de Drogas, majorando a pena em 1/6, que restou totalizada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa. Isto porque, conforme se depreende da confissão do acusado, o entorpecente apreendido saíra do Estado do Paraná para ser entregue no Estado de Minas Gerais, caracterizando, portanto, a majorante.

Cumpra salientar que o aumento nesta fase de aplicação de pena deveria ter sido maior, mas na ausência de recurso ministerial não há nada a se fazer.

Inviável o reconhecimento da causa de diminuição do §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, porque ficou demonstrado que acusado se dedica a atividades criminosas.

A causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que, a despeito de condenados pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, estão se iniciando no mundo do crime, tendo, por isso, maior chance de serem recuperados e reintegrados ao convívio social, mediante a imposição de sanções penais menos rigorosas.

Sua aplicação só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados no §4º, do artigo 33, da lei em comento, o que não ocorre no caso em testilha.

Pelas provas trazidas aos autos, emerge claro que, pelo contexto na apreensão das drogas transporte interestadual -, não se tratava de traficante eventual, mas que, ao contrário, exercia comércio espúrio de forma habitual, contatando-se seu inegável envolvimento com a atividade criminosa" (e-STJ, fls. 49-52).

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosas ou integrem organizações criminosas.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, as instâncias antecedentes afastaram a incidência da minorante, por entenderem que **as provas colhidas nos autos**, sobretudo pelas circunstâncias em que ocorreram o crime, transporte de expressiva quantidade de entorpecente - 15 tabletes de maconha (13,5 kg) -, da cidade de Loanda-PR para Belo Horizonte-MG, denotam a habitualidade delitiva do paciente no delito de tráfico de entorpecentes.

Desse modo, assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente é contumaz no comércio espúrio, 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*.

A propósito:

"[...]

CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.

1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; d) não integre organização criminosas.

2. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que as instâncias de origem concluíram, fundamentadamente, com esteio nas provas acostadas aos autos, notadamente nas circunstâncias em que se deu o flagrante, na confissão parcial do corréu, e na quantidade de entorpecentes apreendida, que se dedica a atividades criminosas. Precedentes.

[...]

2. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 384.936/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017);

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*. [...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Consigne-se, também, que não há se falar em *bis in idem*, pois, além da quantidade da droga apreendida, há outros elementos dos autos que evidenciam a habitualidade delitiva do paciente. Ainda que assim não fosse, vale lembrar que esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

Cito a propósito os seguintes precedentes:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, incorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017);

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Em relação ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão ao impetrante.

A Corte de origem, ao analisar os recursos de apelação, manteve o modo mais gravoso, com base em elementos concretos dos autos, *in verbis*:

"Por fim, impossível a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena, vez que imposição de regime diverso do fechado, não atenderia ao princípio da suficiência no presente caso.

O próprio artigo 33 em seu parágrafo terceiro determina que na fixação do regime inicial o magistrado deverá observar não só o quantum de pena, mas também o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Ora, no caso em tela o apelante não apresenta circunstâncias judiciais favoráveis, diante da gravidade do crime praticado, qual seja, o tráfico de entorpecentes, delito inclusive equiparado a hediondo e pela natureza da droga apreendida. Ainda, tais circunstâncias exigem maior rigor por parte do Estado.

Assim, a determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2º do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.

[...]

Sendo que tal regime corresponde perfeitamente à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate à narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Note-se também que o crime de tráfico se tornou um mal presente na sociedade atual, gerando tremenda insegurança na população.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal" (e-STJ, fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

52-54).

Como cediço, a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e aos a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor **motivadamente** sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, embora o paciente seja primário e a pena reclusiva tenha sido fixada em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da sanção imposta, diante da aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza dos entorpecentes), nos termos dos art. 33 do CP c.c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Confiram-se:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉUS QUE SE DEDICAM À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar as 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. Estabelecida a pena definitiva dos pacientes em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o cabível à espécie, tendo em vista a valoração desfavorável das circunstâncias judiciais (quantidade e natureza da droga), que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

[...]

7. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 390.987/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017);

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO V. ACÓRDÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVA DA REDUTORA. REGIME INICIAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REQUISITOS DO ART 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO ATENDIDOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conquanto se saiba que o col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, *in casu*, verifica-se que as circunstâncias judiciais do art. 59 são desfavoráveis aos ora pacientes, o que impede a fixação inicial do regime semiaberto para início de resgate da reprimenda.

[...]

Habeas corpus não conhecido."

(HC 385.942/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017).

Por fim, mantido o *quantum* da sanção corporal em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0215510-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 523.105 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00163885920168260602 163885920168260602 20170000625845

EM MESA

JULGADO: 10/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO
ADVOGADO : CASSIANO FERNANDES PINTO DE CARVALHO - SP330412
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAIQUE FERREIRA CAMPOS RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.