



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.733 - SP (2016/0322819-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LIANE SILVEIRA MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR NERY SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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 as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas (2 porções de maconha, 634 microtubos de cocaína e 84 embalagens de *crack*), para fixar a pena-base em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. 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).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade, na diversidade e na natureza dos entorpecentes encontrados, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a alteração 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).

6. Não há *bis in idem* quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam que o paciente integra organização criminosa. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 06 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.733 - SP (2016/0322819-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LIANE SILVEIRA MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR NERY SANTANA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **GILMAR NERY SANTANA**, 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 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 666 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra a dosimetria da pena fixada, sustentando ser desproporcional a exasperação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal com base apenas na quantidade de droga apreendida. Alega, também, a ocorrência de *bis in idem*, visto que as instâncias antecedentes valeram-se da mesma circunstância para afastar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Requer, assim, o redimensionamento da pena imposta.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 89).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 104-106).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 122-127).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.733 - SP (2016/0322819-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LIANE SILVEIRA MOREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GILMAR NERY SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS ALIADAS A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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 as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram a expressiva quantidade e a natureza das drogas apreendidas (2 porções de maconha, 634 microtubos de cocaína e 84 embalagens de *crack*), para fixar a pena-base em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. 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).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade, na diversidade e na natureza dos entorpecentes encontrados, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente é habitual na prática delitiva, a alteração 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).

6. Não há *bis in idem* quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam que o paciente integra organização criminosa. Precedentes.

7. *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.

Na sentença condenatória, a individualização da pena foi estabelecida nos seguintes termos:

Atendendo às disposições constantes do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como ao critério trifásico previsto no artigo 68, ambos do Código Penal, verifico que, muito embora o Ministério Público, em debates orais, tenha sustentado que o réu é reincidente, tal afirmação não é correta, porquanto as certidões constantes do apenso próprio demonstram que ele possui contra si duas sentenças condenatórias, as quais, entretanto, ainda não transitaram em julgado e, por esse motivo, não se prestam a justificar a agravação da pena-base (Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça). Não se pode desprezar, entretanto, a elevada quantidade de entorpecente apreendida, consistente em duas porções de maconha, seiscentos e trinta e quatro microtubos contendo cocaína e oitenta e quatro embalagens contendo *crack*, a demonstrar maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, pelo que fixo sua pena-base acima do mínimo legal em um terço, ou seja, 06 (SEIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 666 (SEISCENTOS E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, a qual torno definitiva, por não haver quaisquer circunstâncias a considerar. No sentido de a grande quantidade de droga apreendida recomendar a fixação da pena acima do mínimo legal:

"O art. 42 da Lei 11.343/2006 prevê, de forma expressa, que na fixação das penas o juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, 'a quantidade da substância ou do produto', de modo que tal circunstância constitui elemento hábil a ser considerado para agravar a pena.

Sobre o tema a seguinte jurisprudência:

'A natureza e a quantidade da droga são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal.' (STJ. HC 155.128/SP, Rei. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 14/11/2011)." (Apelação nº 0008753-53.2011.8.26.0068 - 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo Relator Paulo Rossi - julgado em 12 de fevereiro de 2014 – votação unânime).

Muito embora o acusado seja primário e possuidor de bons antecedentes, é incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, pois a elevada quantidade, bem como a variedade das drogas em foco e as circunstâncias da respectiva apreensão,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

são indicativos seguros de que ele se dedicava ao comércio ilícito de entorpecentes, fazendo do tráfico a sua profissão, o que afasta os requisitos subjetivos necessários para o reconhecimento do benefício.

O tratamento benéfico previsto no aludido dispositivo legal é destinado aos pequenos e esporádicos traficantes, e não àqueles que fazem da traficância o seu meio de vida, como vem se posicionando a jurisprudência". (e-STJ, fls. 46-47).

A Corte de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo e manteve a pena aplicada em primeiro grau, pelos seguintes motivos:

As penas não exigem ajuste porque as básicas foram majoradas corretamente de 1/3, com esteio na elevada quantidade de entorpecente apreendida, consistente em duas porções de maconha, seiscentos e trinta e quatro microtubos contendo cocaína e oitenta e quatro embalagens contendo *crack*, a demonstrar maior grau de reprovabilidade da conduta do agente (sic), perfazendo, pois, seis anos e oito meses de reclusão e seiscentos e sessenta e seis dias-multa, no piso.

E, pelas mesmas razões, infere-se inviável a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

É que, **além da variedade e do expressivo volume de entorpecentes apreendido, o envolvimento prévio do agente em crime de igual natureza e o sugestivo contexto tático em que ocorreu a prisão em flagrante, não deixam dúvida que o acusado agia de modo reiterado, habitual e há certo tempo, até porque, como ele mesmo fez questão de frisar à autoridade policial, não trabalhava para ninguém, era dono de seu próprio espaço para comercialização dos entorpecentes e, ainda, possuía outras pessoas à sua disposição para tal finalidade, como revelado pelo teor do interrogatório policial de Samuel da Silva Matos (fl. 85) e do reconhecimento do acusado concretizado naqueles autos (fl. 112), emergindo, pois, inegável a sua dedicação e envolvimento com atividade criminosa**, notadamente com seus fornecedores ou patrões, traficantes de maior porte, sem desconsiderar os incommensuráveis danos que causou à saúde pública, evidente, pois, que deveria ter prevalecido o estatuído no artigo 42 da lei em tela.

Além do mais, referida causa especial de redução de pena deve ser concedida em prol daqueles que 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, porém, só se justifica em hipóteses bastante reduzidas, pela necessidade de estarem presentes todos os requisitos enumerados pelo legislador no § 4º, do artigo 33, da lei em comento, o que, à evidência, não se verifica no caso em tela, pois, como se viu, o acusado estava se dedicando à atividade criminosa há algum tempo, não há dúvida, não era principiante, a revelar, serenamente, que o redutor em comento não era, de fato, aplicável na espécie. (e-STJ, fls. 74-75)

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dentro do sistema trifásico adotado pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Tratando-se de condenado pelo delito de Tráfico de Drogas, o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga apreendida, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, segundo se verifica, as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas (2 porções de maconha, 634 microtubos de cocaína e 84 embalagens de *crack*), para exasperar a pena-base em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legal.

Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico (5 a 15 anos) e a apresentação de fundamento válido para a valoração desfavorável de duas circunstâncias judiciais, elencadas inclusive como preponderantes, não se mostra desproporcional o aumento operado, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, manifestou-se pela legalidade do aumento da pena, diante da preponderância do art. 42 da Lei de Drogas, nos seguintes termos:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. VARIEDADE E QUANTIDADE DA DROGA. LEGALIDADE. CULPABILIDADE, MOTIVAÇÃO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO.

[...]

3. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

[...]"

(HC 174.628/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 3/12/2015).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6368/76). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Na espécie, mostra-se cabível a exasperação da pena, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, não havendo, portanto, que se falar em constrangimento ilegal, uma vez que foi apontado fundamento concreto a justificar a sanção inicial em patamar superior ao mínimo legal.

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 339.229/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 11/05/2016).

Quanto ao reconhecimento do tráfico na forma privilegiada, o inconformismo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente mais uma vez não merece prosperar.

O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que 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 organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

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 art. 59 do CP, 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 (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, as instâncias antecedentes afastaram a incidência da minorante, por entenderem que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, pois, além da **quantidade, da diversidade e da natureza das drogas apreendidas** (2 porções de maconha, 634 microtubos de cocaína e 84 embalagens de *crack*), **do contexto fático em que realizada a prisão em flagrante, ele registra envolvimento anterior em crime da mesma natureza** e ainda confessou **que** era dono do próprio negócio.

Assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar a existência de eventual coação ilegal.
- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.
- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida.

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/9/2015.)

Impende ressaltar que não obstante a quantidade, variedade e a natureza das drogas apreendidas tenham sido sopesada na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica o alegado *bis in idem* sustentado pela defesa, pois o fato de o paciente integrar organização criminosa se evidencia em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito a propósito o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. *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.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, 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. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (109 porções de cocaína e 106 porções de *crack*) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, 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. - *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 320176/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.
É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0322819-3

HC 381.733 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00080947120138260198 39072013 80947120138260198

EM MESA

JULGADO: 06/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LIANE SILVEIRA MOREIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GILMAR NERY SANTANA

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