



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.408 - SP (2017/0124165-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : EDUARDO DIAMANTE E OUTRO
ADVOGADOS : EDUARDO DIAMANTE - SP142799
LEONARDO DANTAS DIAMANTE - SP391649
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM APARECIDO LIMA TOSTA (PRESO)

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. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. 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 o Tribunal *a quo*, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, considerou a expressiva quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas (490,99g de maconha, 767,76g de *crack* e 466,53g de cocaína) para fixar a pena-base em 2 anos e 6 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 pela instância antecedente, 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 – 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.

6. Não há *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas na primeira e na terceira etapa do cálculo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, há outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do paciente a atividades criminosas. Precedentes.

7. Estabelecida a pena em 6 anos e 3 meses de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.408 - SP (2017/0124165-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : EDUARDO DIAMANTE E OUTRO
ADVOGADOS : EDUARDO DIAMANTE - SP142799
LEONARDO DANTAS DIAMANTE - SP391649
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM APARECIDO LIMA TOSTA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **WILLIAM APARECIDO LIMA TOSTA**, 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 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Em grau recursal, o Tribunal estadual proveu, em parte, o apelo da acusação, para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e fixar a pena em 6 anos e 3 meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, ser desarrazoada exasperação da pena-base, porquanto não observados os parâmetros dos arts. 42 da Lei n. 11.343/2006 e 59 do Código Penal.

Assevera ter sido indevido o afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois presentes os requisitos legais e sopesadas a quantidade e a natureza das drogas na primeira etapa da dosimetria.

Sustenta, por fim, que a presença de circunstâncias judiciais favoráveis direciona para regime menos gravoso no cumprimento da pena.

Requer, assim, seja declarada a nulidade do acórdão nos pontos em que manifestada a presente irresignação.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 831-832).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 838-839 e 860-965).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 969-976).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.408 - SP (2017/0124165-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : EDUARDO DIAMANTE E OUTRO
ADVOGADOS : EDUARDO DIAMANTE - SP142799
LEONARDO DANTAS DIAMANTE - SP391649
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAM APARECIDO LIMA TOSTA (PRESO)

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. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. 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 o Tribunal *a quo*, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, considerou a expressiva quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas (490,99g de maconha, 767,76g de *crack* e 466,53g de cocaína) para fixar a pena-base em 2 anos e 6 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 pela instância antecedente, 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 – 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.

6. Não há *bis in idem* quando, embora 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 a dedicação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente a atividades criminosas. Precedentes.

7. Estabelecida a pena em 6 anos e 3 meses de reclusão e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

A Corte de origem, ao prover em parte o apelo ministerial, para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, assim procedeu à individualização da pena do paciente:

As reprimendas foram individualizadas e devidamente justificadas, comportando, no entanto, a readequação postulada no recurso do Ministério Público.

Na primeira fase do cálculo, as básicas dos réus Adilson e Wesley foram fixadas em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, em face da quantidade de maconha que eles portavam (respectivamente 437,39g e 45,12g), enquanto que, no tocante ao réu William, a pena-base foi fixada em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, em razão da quantidade de maconha (490,99g), "crack" (767,76g) e cocaína (466,53g) que ele transportava, tinha em depósito e guardava, o que há de ser mantido. Com efeito, o artigo 42 da Lei de Drogas dispõe que, quando da fixação das penas, o Juiz deve dar prevalência à natureza e à quantidade da substância apreendida (circunstâncias objetivas); em seguida, à personalidade e conduta social do agente (circunstâncias subjetivas). Tais circunstâncias objetivas se sobrepõem às demais preconizadas no artigo 59 do Código Penal, por serem mais nocivas e acarretarem maior dano à saúde pública. Assim, no caso em tela, considerando tratar-se de tráfico de significativa quantidade de cocaína, "crack" e maconha, entendo que o delito repre senta maior perigo à saúde pública e, portanto, recomenda a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. A propósito, convém ressaltar que "a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas" (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, qual a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

Na sequência, correta a consideração da circunstância atenuante da menoridade relativa em favor dos acusados Adilson e Wesley (fls. 15/16, 17/18, 456 e 457), com o consequente retorno de suas reprimendas ao mínimo legal. Por outro lado, houve a correta consideração da circunstância atenuante da confissão espontânea em favor do réu William, com a redução de sua pena na fração de 1/6 (um sexto), perfazendo 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na última etapa do cálculo, assiste razão ao combativo Promotor de Justiça oficiante, já que equivocada a redução das reprimendas efetuada pelo MM. Juiz sentenciante, nas frações de 1/6 (um sexto) para o réu William, e 1/3 (um terço) para os réus Adilson e Wesley. Nessa seara, anoto que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não poderia ser aplicada no caso em tela, haja vista que tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de “primeira viagem”, e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados William, Adilson e Wesley, surpreendidos com vários tipos de entorpecentes. Registre-se, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, os réus demonstram acentuada periculosidade. Basta dizer que o acusado Wesley recebeu mensagens de usuários em seu telefone celular pedindo drogas, de maneira a evidenciar que se dedicava a essa atividade criminosa junto como os comparsas Adilson e William, conforme se infere das seguintes mensagens extraídas de seu aparelho, da marca Samsung, nºs 997776147 e 981211515: Aí fas um favor? Pega 10 de bek (maconha) e pega o dinheiro aki. Só vce depois responde “Tô chegando mano”(fls. 381); e ainda “Tá tendo pino” (cocaína) e responde “Simmmmm” e na sequência o pedinte “Tá na sua casa?” “To indo” e responde “Tô sim”(fls. 383). Ademais, os réus traziam consigo e guardavam significativa quantidade e variedade de entorpecentes para mercancia ilícita, entre eles o “crack”, inquestionavelmente a droga de maior incidência, atualmente, sendo causadora de dependência química rápida e danos irreversíveis, que podem levar o usuário a óbito em pouco tempo de uso. Releva notar, ainda, que a pena do tipo é a que consta do artigo 33, “caput”, sendo a figura do § 4º de aplicação excepcional, por técnica legislativa e política criminal, que, como já acentuado, não o tem aplicação na espécie dos autos.

De rigor, portanto, o afastamento da benesse prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, com o consequente redimensionamento das penas individuais e definitivas dos réus Adilson e Wesley para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso mínimo, ao passo que a pena definitiva do réu William fica redimensionada para 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no piso mínimo. (e-STJ, fls. 811-813).

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, o Tribunal *a quo*, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas (490,99g de maconha, 767,76g de *crack* e 466,53g de cocaína), para exasperar a pena-base em 2 anos e 6 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 das 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).

No que se refere à incidência da causa de diminuição da pena, melhor sorte não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

socorre ao impetrante.

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 criminosas ou integrarem 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 (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).

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.

In casu, a Corte de origem afastou a incidência da minorante, por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, tendo em vista, além da **quantidade, da diversidade e da natureza das drogas apreendidas** (490,99g de maconha, 767,76g de *crack* e 466,53g de cocaína), **as provas colhidas nos autos**, sobretudo as mensagens de texto extraídas do celular do corréu Wesley.

Desse modo, assentado pela instância antecedente, soberana 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 daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, embora 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 a dedicação do paciente à atividade criminosa se evidencia em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam o afastamento 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 TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Por fim, quanto ao pedido de alteração do regime prisional, também não assiste razão ao impetrante, pois houve a indicação de motivação válida, consubstanciadas na quantidade e na natureza das drogas apreendidas, para a escolha do modo mais severo de cumprimento de pena.

Vejamos:

O regime inicial fechado, na hipótese dos autos, é o que convém, efetivamente, para coibir a infração praticada pelos réus, sendo imperioso observar que as circunstâncias do caso concreto, bem esclarecidas nos depoimentos policiais, não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso. A propósito, consoante orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, “(...) A verificação do regime inicial de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos demandam a verificação da quantidade e natureza da droga apreendida em poder do acusado (art. 42 da Lei n. 11.343/2006)” (HC nº 193.057/SP, Relator o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/9/2011).

A obrigatoriedade do cumprimento da pena em regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos e a eles equiparados não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES (em 27/7/2012).

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.

No caso, embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o modo inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o *quantum* da sanção aplicada) é o adequado à espécie, tendo em vista a aferição desfavorável de circunstâncias judiciais (quantidade e natureza das drogas apreendidas - 490,99g de maconha, 767,76g de *crack* e 466,53g de cocaína).

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PRIMARIEDADE. DETRAÇÃO. TEMAS NÃO ENFRENTADOS PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPEDEM A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. REQUISITO OBJETIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO PREENCHIDO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

5. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e das circunstâncias do caso concreto, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

6. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos e 6 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 354.928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL ILÍCITO DE ENTORPECENTES (HIPÓTESE). REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO).

[...]

3. A valoração negativa da quantidade e natureza de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso (Precedentes).

[...]

6. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 63.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0124165-0

HC 401.408 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00172209820158260482 172209820158260482 20170000001893

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: EDUARDO DIAMANTE E OUTRO
ADVOGADOS	: EDUARDO DIAMANTE - SP142799 LEONARDO DANTAS DIAMANTE - SP391649
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILLIAM APARECIDO LIMA TOSTA (PRESO)
CORRÉU	: WESLEY ALVES GOMES
CORRÉU	: ADILSON AUDINIR OLIVEIRA JUNIOR

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.