



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.695 - SP (2019/0170095-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FELIPE MRACK GIACOMOLLI E OUTROS
ADVOGADOS : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
HENRIQUE DA ROSA SAIBRO - RS089500
NEREU JOSE GIACOMOLLI - RS017568
FELIPE MRACK GIACOMOLLI - RS110987
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELCI VALDEMIR VEDANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DA INDEVIDA UTILIZAÇÃO DA PROFISSÃO NA PRÁTICA DELITIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AGRAVAR A SANÇÃO PELO ART. 62, II, "G", DO CÓDIGO PENAL. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS E FATOS DISTINTOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ADC'S 43, 44 e 54. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que é manifestamente ilegal a dupla aferição do exercício da profissão de médico para fazer incidir a agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal (cometimento do delito "com violação de dever inerente à profissão") e, concomitantemente, para majorar a pena-base (porque o paciente "comercializava entorpecente cujo cliente preferencial é o profissional de medicina que, após a dependência, continua a exercer a profissão certamente colocando em risco os pacientes"). Necessidade de readequação da pena.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

5. No caso, as instâncias ordinárias concluíram pela habitualidade delitiva do paciente, tendo em vista as circunstâncias fáticas do delito. Todavia, a apreensão de 10 caixas do medicamento Dolosal (mais de 220 ampolas) no imóvel do réu, de uso exclusivo hospitalar, e o fato de ter prevalecido da profissão de médico para a aquisição irregular dos entorpecentes, por si só, são dados insuficientes para se inferir a habitualidade do agente no comércio de entorpecentes.

6. Assim, à mingua de elementos idôneos e concretos que denotem ser o paciente contumaz no tráfico de drogas, e uma vez certificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

7. Aplicada a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

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

9. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, declarou, por maioria de votos, ser constitucional a norma processual que prevê o trânsito em julgado da condenação, como condição para o início do cumprimento da pena imposta. Dotada tal sentença de efeito vinculante e de aplicação imediata, nos termos do art. 102, § 2º, III, § 2º, tem-se como manifestamente ilegal a determinação do recolhimento provisório do paciente pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o *bis in idem* verificado na dosimetria penal, bem como para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 167 dias-multa.

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

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

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2019 (data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.695 - SP (2019/0170095-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FELIPE MRACK GIACOMOLLI E OUTROS
ADVOGADOS : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
HENRIQUE DA ROSA SAIBRO - RS089500
NEREU JOSE GIACOMOLLI - RS017568
FELIPE MRACK GIACOMOLLI - RS110987
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELCI VALDEMIR VEDANA

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 **GELCI VALDEMIR VEDANA**, 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 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 825 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe deferido o apelo em liberdade.

Em grau recursal, o Tribunal de origem acolheu, em parte, a apelação defensiva para diminuir a sanção corporal para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais pagamento de 680 dias-multa, mantido o regime prisional mais severo.

Opostos embargos de declaração pela defesa, estes foram rejeitados.

Nesta Corte, o impetrante alega que não "há fundamentação corroborada em elementos concretos válidos" para afastar a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Afirma que o Tribunal de origem, em um mero juízo de ilação, considerou as circunstâncias da apreensão da droga e a profissão desempenhada pelo paciente para se concluir equivocadamente pela sua habitualidade delitiva.

Destaca que o paciente possui atividade laboral lícita como médico anestesista em clínica particular e detinha o medicamento Dolosal no interior da residência para consumo próprio, porque é dependente da substância. Esclarece, ademais, que "viu-se obrigado a adquirir R\$ 400,00 por ser compra mínima do medicamento".

Concluiu que aferidas "essas circunstâncias, em conjunto com a primariedade do réu, ausência de antecedentes criminais e inexistência de qualquer indício de organização criminosa, o paciente faz jus à fração máxima da redutora".

Sustenta, também, a ocorrência de *bis in idem*, uma vez que, a mesma circunstância fática (profissão de médico) foi sopesada em três fases distintas da dosimetria penal, ou seja, para exasperar a pena, para reconhecer a agravante do art. 61, II, "g", do CP e para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Argumenta que o modo prisional mais gravoso foi estabelecido com amparo na gravidade abstrata do delito.

Defende, por fim, a suspensão da execução provisória da pena até a análise dos recursos especiais, diante da plausibilidade dos argumentos apresentados.

Requer a concessão da ordem para que seja aplicada a minorante do tráfico privilegiado e estabelecido regime mais brando.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 1.148).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 1.154-1.155 e 1.194-1.198).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 1.200-1.202).

A defesa ingressou com pedido de reconsideração da liminar, requerendo o recolhimento do mandado de prisão em desfavor do paciente, com base no novo entendimento do STF nas ADC's 43,44 e 54 acerca da execução provisória da pena (e-STJ, fls. 1.211-1.225).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 515.695 - SP (2019/0170095-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FELIPE MRACK GIACOMOLLI E OUTROS
ADVOGADOS : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
HENRIQUE DA ROSA SAIBRO - RS089500
NEREU JOSE GIACOMOLLI - RS017568
FELIPE MRACK GIACOMOLLI - RS110987
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GELCI VALDEMIR VEDANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO DA INDEVIDA UTILIZAÇÃO DA PROFISSÃO NA PRÁTICA DELITIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AGRAVAR A SANÇÃO PELO ART. 62, II, "G", DO CÓDIGO PENAL. *BIS IN IDEM* NÃO VERIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS E FATOS DISTINTOS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ADC'S 43, 44 e 54. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Hipótese em que é manifestamente ilegal a dupla aferição do exercício da profissão de médico para fazer incidir a agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal (cometimento do delito "com violação de dever inerente à profissão") e, concomitantemente, para majorar a pena-base (porque o paciente "comercializava entorpecente cujo cliente preferencial é o profissional de medicina que, após a dependência, continua a exercer a profissão certamente colocando em risco os pacientes"). Necessidade de readequação da pena.

4. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. No caso, as instâncias ordinárias concluíram pela habitualidade delitiva do paciente, tendo em vista as circunstâncias fáticas do delito. Todavia, a apreensão de 10 caixas do medicamento Dolosal (mais de 220 ampolas) no imóvel do réu, de uso exclusivo hospitalar, e o fato de ter prevalecido da profissão de médico para a aquisição irregular dos entorpecentes, por si só, são dados insuficientes para se inferir a habitualidade do agente no comércio de entorpecentes.

6. Assim, à mingua de elementos idôneos e concretos que denotem ser o paciente contumaz no tráfico de drogas, e uma vez certificada a sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

7. Aplicada a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

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

9. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, declarou, por maioria de votos, ser constitucional a norma processual que prevê o trânsito em julgado da condenação, como condição para o início do cumprimento da pena imposta. Dotada tal sentença de efeito vinculante e de aplicação imediata, nos termos do art. 102, § 2º, III, § 2º, tem-se como manifestamente ilegal a determinação do recolhimento provisório do paciente pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar o *bis in idem* verificado na dosimetria penal, bem como para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 167 dias-multa.

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 manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

A Corte de origem reduziu a pena do paciente, pelo delito de tráfico de drogas, em decisão assim motivada:

"[...]"

As bases partiram com implícito acréscimo de 1/2, 7 anos, 6 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 750 dias-multa, com justificativa calcada na elevada culpabilidade e nas conseqüências do delito, "(...) pois o réu comercializava entorpecente cujo cliente preferencial é o profissional de medicina que, após a dependência, continua a exercer a profissão, certamente colocando em risco os pacientes" (fls. 801). Apesar de idônea a fundamentação, revelou-se excessiva, readequando-se a fração a 1/6, 5 anos, 10 meses de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, em razão da agravante do CP, art. 61, II, g - crime cometido com violação de dever inerente à profissão - foram elevadas em 1/6, obtendo-se 6 anos, 9 meses, 20 dias de reclusão e 680 dias-multa.

Nesse ponto, nem se alegue que o reconhecimento da agravante é intempestivo e extra petita, porque não contida na denúncia ou nas alegações finais. O Juiz pode reconhecê-la mesmo que não alegada, nos termos do CPP, art. 385, in fine, o que rechaça a pretendida nulidade arguida em "preliminar".

Na derradeira, ausentes causas de aumento, correta a não incidência do redutor do art. 33, § 4º, porquanto as circunstâncias de apreensão das drogas adquiridas em razão de sua profissão, guardadas em sua residência, de uso exclusivamente hospitalar, revelam indubitáveis indicadores de sua dedicação a atividades criminosas, lembrando-se que a mitigação não é direito subjetivo.

Nesse sentido: '... de acordo com o referido dispositivo legal, o Magistrado **poderá** reduzir a pena fixada ao agente - de um sexto a dois terços - desde que este seja primário, não possua antecedentes criminais, **não se dedique a atividades criminosas**, nem integre organização criminosa. Cuida-se, pois, de **faculdade** que o Juiz de Direito usará ou não, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, e não direito subjetivo do acusado' (TJSP - Apelação Criminal Nº 0075009-66.2010.8.26.0050 - Rel. Des. **RICARDO TUCUNDUVA** - 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça - v.l., j. 11/08/2011 - grifado).

E ainda: '1. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos. 2. A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06' (STJ, AgRg no AREsp 101913/CE, Quinta Turma, Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**, DJe 15/02/2013 - grifado).

Assim, definitivas no quantum fixado, à míngua de outras modificadoras" (e-STJ, fls. 1.135-1.136).

Nos embargos de declaração, consta:

"No tocante à dosimetria, registre-se que o incremento operado nas iniciais considerou, tão somente, a elevada culpabilidade e as conseqüências do delito, e não a condenação em primeira instância por delito cometido com violência contra a mulher, ainda sub judice; por isso, não há que se falar em inobservância à Súmula/STJ, nº 444.

Também não prospera a argumentação de eventual dupla punição pelo mesmo fato - bis in idem - relativo à utilização agravante do CP, art. 61, II,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

g) - crime cometido com violação de dever inerente à profissão - na segunda etapa e para impedir a aplicação do aludido redutor, porquanto utilizadas em fases distintas da dosimetria, anotando-se que tal justificativa não foi utilizada na fixação do regime, contrariamente ao sustentado. Além disso, o V. Acórdão foi devidamente fundamentado (CF/88, art. 93, IX), não havendo se confundir eventual concisão com ausência de argumentos."

De início, convém anotar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

No caso, verifica-se que, em relação ao primeiro ponto da impetração, assiste razão à defesa quando afirma que as instâncias antecedentes se valeram de **argumentos comuns** para o incremento da sanção corporal, em fases distintas da dosimetria.

Segundo se infere, a condição de médico foi considerada para a aplicação da agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal, por ter o paciente cometido o delito "com violação de dever inerente à profissão".

Do mesmo modo, observa-se que a culpabilidade do agente e as consequências do delito foram aferidas negativamente, sob a alegação de que o paciente "comercializava entorpecente cujo cliente preferencial é o profissional de medicina que, após a dependência, continua a exercer a profissão certamente colocando em risco os pacientes".

Portanto, conforme se observa, o Tribunal de origem incorreu em indevido *bis in idem*, ao sopesar o exercício da profissão de médico para majorar a pena, na primeira e na segunda fase.

A seguir os julgados que respaldam esse entendimento:

"[...] 1. A exasperação da pena-base foi justificada pelo Tribunal a quo mediante valoração negativa dos motivos do crime. Entendeu-se que a ganância do réu constituiu a causa do delito, uma vez que, para elevar seus lucros, assumiu o compromisso de assistir a três procedimentos cirúrgicos ao mesmo tempo, sem se importar com as vedações constantes de normas regulamentares próprias de sua profissão e com os riscos aos quais, com sua postura, submeteu a vítima.

2. As razões apresentadas para a exasperação penal promovida no primeiro estágio dosimétrico coincidem de algum modo com os elementos da circunstância legal do art. 61, II, g, do CP, utilizada para agravar a pena na segunda fase de aplicação da pena.

3. Assim, afasta-se a valoração negativa da circunstância judicial, mas mantém-se o aumento da segunda fase, haja vista que o agravante praticou o crime com violação de dever inerente à profissão de médico.

[...]

2. Agravo regimental parcialmente provido para redimensionar a pena corporal cominada em razão da prática do crime previsto no art. 129, § 2º, I, do CP, reduzindo-a para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, sob regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos."

(AgRg no REsp 1789973/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/09/2019);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO *HABEAS CORPUS*. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS PROVIDOS EM PARTE.

1. A circunstância judicial negativa mantida na primeira fase refere-se à condição do agente ser médico.

2. Já, na segunda fase, foi aplicada a agravante prevista no inciso "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal - CP, em virtude de violação de dever inerente ao cargo de médico.

3. Assim, verifica-se a ocorrência de bis in idem, pois a qualidade de médico e a violação ao dever de médico, referem-se ao fato do agente ser médico, o que não pode justificar duplo aumento da reprimenda por este motivo. 4. Destarte, afasta-se a circunstância judicial negativa referente à condição de médico, todavia o aumento da segunda fase deve ser mantido, porquanto o agente praticou o crime em violação ao dever inerente à sua profissão.

5. Embargos declaratórios parcialmente providos."

(EDcl no HC 467.299/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019)

Quanto ao pedido de aplicação da minorante especial da Lei de Drogas, mais uma vez assiste razão 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.

In casu, constata-se que as instâncias ordinárias concluíram pela habitualidade delitiva do paciente, tendo em vista as circunstâncias fáticas do delito.

Todavia, a apreensão de 10 caixas do medicamento Dolosal (mais de 220 ampolas) no imóvel do paciente, de uso exclusivo hospitalar, e o fato de ter prevalecido da profissão de médico para a aquisição irregular dos entorpecentes, por si só, são dados insuficientes para se inferir a dedicação do réu no comércio ilícito de drogas.

Impende anotar, ainda, que, embora conste no acórdão impugnado o registro de outra ação penal em curso pelo crime de violência contra mulher e que as diligências realizadas no imóvel do paciente tenham decorrido do cumprimento de mandado de busca e apreensão determinada em procedimento diverso, no qual versava sobre estupro de vulnerável, tais informações não foram consideradas para afastar o tráfico privilegiado, sendo vedado, portanto, a esta Corte Superior, no exame deste *habeas corpus*, utilizá-los em prejuízo do réu.

Assim, à mingua de elementos idôneos e concretos que denotem ser o paciente habitual no tráfico de drogas, e uma vez certificada sua primariedade e seus bons antecedentes, impõe-se a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

Confira:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO DA PENA QUE SE MOSTRA DEVIDA. CONSECTÁRIOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente - 56,4 g de maconha - não é excessivamente elevada a ponto de se concluir que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância.

2. O simples fato de o acusado não haver comprovado o exercício de atividade lícita à época dos fatos não pode, evidentemente, levar à conclusão de que se dedica a atividades criminosas, até porque o desemprego, diante da realidade social brasileira, representa, na verdade, um infortúnio de boa parte da população.

3. Porque não foi apontado nenhum fundamento concreto e idôneo que, efetivamente, permitisse a conclusão de que o paciente se dedicaria a atividades delituosas, deve ser concedido o habeas corpus, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

4. Uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, era tecnicamente primário ao tempo do delito, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal, foi beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e apreendido com quantidade de drogas não tão elevada, deve ser fixado o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao preconizado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Da mesma forma, a favorabilidade de todas essas circunstâncias evidencia que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se mostra medida socialmente recomendável, de acordo com o art. 44, III, do Código Penal.

5. Ordem concedida, a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto."

(HC 355.299/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

Passo, assim, à readequação da pena.

A pena-base parte de 5 anos e 10 meses de reclusão mais 500 dias-multa pela aferição desfavorável da culpabilidade do agente e das circunstâncias do delito (cometimento do delito valendo-se da condição de médico). Na segunda fase, mantenho a pena inalterada, diante do afastamento da agravante do art. 61, II, g, do CP, conforme razões acima expostas (dupla aferição da profissão de médico). Por último, diminuo-a em 2/3, pela aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A pena resta definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão mais 167 dias-multa.

O regime prisional também merece alteração.

Aplicada a pena final em patamar inferior a 4 anos e sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o **adequado** para o cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A decisão agravada é clara ao reconhecer que, diante da análise desfavorável, na primeira fase da dosimetria da pena, da quantidade, da natureza e da diversidade de entorpecentes apreendidos - cerca de 10 g de *crack*, 26 g de cocaína e 62 g de maconha -, é cabível a imposição de regime mais gravoso. Todavia, como a reprimenda fixada ao réu é inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado é o semiaberto.

2. Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 438.993/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/6/2018, DJe 15/6/2018);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE DROGA. MODO SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Aplicada a sanção corporal no patamar de 1 ano e 8 meses de reclusão e sendo favoráveis as demais circunstâncias ao paciente, o regime inicial semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, diante da valoração desfavorável da quantidade e da diversidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, c.c o art. 42 da Lei de Drogas. Precedentes.

- A decisão agravada encontra-se alinhada à jurisprudência desta Corte, que permite a fixação do regime imediatamente mais gravoso do que a pena comporta com lastro na quantidade/nocividade das drogas que o caso envolve.

- Agravo regimental não provido."

(AgRg no HC 406.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017).

Consigne-se, ainda, que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito mostra-se incabível, em decorrência da análise desfavorável das circunstâncias judiciais, conforme dispõe o art. 44, III, do CP (HC 390.554/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017).

Por fim, também merece provimento o pedido de suspensão da execução provisória da pena.

Em 8/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, declarou, por maioria de votos, ser constitucional a norma processual que prevê o trânsito em julgado da condenação, como condição para o início do cumprimento da pena imposta.

Assim, a segregação do réu antes do esgotamento de todos os recursos cabíveis exige a comprovação dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP), em decisão individualizada e motivada.

Dotada tal sentença de efeito vinculante e de aplicação imediata, nos termos do art. 102, § 2º, III, § 2º, tem-se como manifestamente ilegal a determinação do recolhimento provisório do paciente pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias (e-STJ, fls. 1.217-1.219).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, para afastar o *bis in idem* verificado na dosimetria penal, bem como para aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em 2/3, resultando a pena do paciente em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 167 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0170095-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 515.695 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030020920168260554 0003002092016826055450000 30020920168260554
3002092016826055450000

EM MESA

JULGADO: 17/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FELIPE MRACK GIACOMOLLI E OUTROS

ADVOGADOS : FLÁVIO LUÍS ALGARVE - RS025733
HENRIQUE DA ROSA SAIBRO - RS089500
NEREU JOSE GIACOMOLLI - RS017568
FELIPE MRACK GIACOMOLLI - RS110987

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GELCI VALDEMIR VEDANA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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