



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.894 - SP (2016/0218730-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AIISO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. COMPENSAÇÃO ENTRE CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO MOTIVADO DAS FRAÇÕES E APLICAÇÃO SUCESSIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* APLICADO AO REDUTOR E PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É indispensável o arbitramento das frações das causas de diminuição e de aumento, dentre as mínimas e máximas previstas em lei, as quais devem ser aplicadas de forma individualizada e sucessiva, em observância ao critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal. Precedentes.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias apenas compensaram a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com a majorante constante do art. 40, V, do mesmo estatuto, o que configura constrangimento ilegal.

4. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade.
6. Na espécie, embora a pena do paciente tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade de droga apreendida – 10kg de maconha – enseja a manutenção do regime inicial fechado.
7. Mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.894 - SP (2016/0218730-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AIISO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO AIISO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0007237-81.2015.8.26.0577).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a minorante prevista no § 4º do mesmo artigo e a majorante constante do art. 40, V, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 26/32).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 34/44), em acórdão assim ementado:

Tráfico ilícito de entorpecentes entre Estados da Federação (art. 33, “caput”, c.c. art. 40, V, ambos da Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policial Rodoviário Federal. Confissão em Juízo, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento benevolente. Impossibilidade de redução da pecuniária. Regime inicial fechado único possível. Inviabilidade de substituição da corporal por penas alternativas. Desnecessidade de manifestação quanto ao efeito prequestionador. Apelo improvido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/23), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois compensou as causas de diminuição e aumento, na terceira fase da dosimetria, ao invés de aplicá-las de forma sucessiva, em prejuízo do paciente. Outrossim, afirma que o regime prisional foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, sendo que o *quantum* da condenação permite o estabelecimento de regime mais brando. Em consequência do pleiteado redimensionamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, também defende o cabimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena do paciente seja reduzida, mediante aplicação da minorante e posterior incidência da majorante, além da fixação de regime prisional mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 49/50).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 59/73.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 77/85, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DE PENA. COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO PRIMEIRO DA CAUSA DE AUMENTO E, POSTERIORMENTE, DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ORDEM PREVISTA NO ART. 68, PARTE FINAL, DO CP. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FATOR IMPEDITIVO. PRECEDENTES DESSE STJ. PARECER PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM A CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.894 - SP (2016/0218730-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na compensação entre as causas de diminuição e aumento na terceira fase da dosimetria, bem como na manutenção do regime inicial fechado. Além disso, em consequência da redução da pena, a impetrante pede o estabelecimento do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No caso, o Juízo sentenciante procedeu à compensação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 com a causa de aumento constante do art. 40, inciso V, do mesmo estatuto, conforme segue (e-STJ fls. 30/31):

Na aplicação da pena, sopesadas as circunstâncias do artigo 59. do Código Penal, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, tornando-se, assim, definitiva, na ausência de outras condições modificadoras, pois a confissão não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, já fixado.

Neste ponto, bom ressaltar que não deve haver aumento ou diminuição de pena em atenção às causas especiais previstas nos artigo 33, § 4º e 40, V, ambos da Lei 11.343/06, uma vez que tais se compensam, em inteligência ao previsto no artigo 67, do Código Penal.

O Tribunal *a quo* manteve a pena aplicada na sentença, mediante a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 39/40):

*Base fixada no **mínimo legal**, nada havendo que alterar.*

*Após, **aumento** pelo fato do delito ter sido praticado entre Estados da Federação (art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006), que acabou sendo **compensado** pela aplicação do **redução** previsto no art. 33, § 4º, da nova Lei de Drogas.*

*E a causa de diminuição da pena foi extremamente **benevolente**.*

*Afinal, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), **não seria o caso** de aqui aplicá-la, “data venia” do entendimento da origem.*

*Isto porque e isso é o que importa à vertente concreta, **o acusado foi surpreendido transportando enorme quantidade de drogas em meio a uma viagem rodoviária**, levando a crer que o mesmo já vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.*

*O que denota **habitualidade** constante e reiterada, a revelar que o réu não poderia ser tratado igualmente a outros nada se podendo fazer, por aqui, à míngua de reclamo ministerial, sob pena de se incorrer em 'reformatio in pejus'.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por isso, já saiu em muito beneficiado o acusado, não havendo que se perquirir aqui acerca de eventual impossibilidade da compensação da causa de diminuição da pena com a majorante prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006.

Assim, constata-se que a Corte local manteve os critérios utilizados pelo Juízo de primeiro grau, por meio do qual foi realizada a compensação entre as causas de diminuição e aumento, na terceira fase da dosimetria, mantendo-se a pena do paciente em 5 anos de reclusão e multa.

A operação, da forma como foi realizada, além de não apontar os critérios utilizados para o estabelecimento do *quantum* de diminuição e de aumento, dentre as frações mínimas e máximas previstas em lei, o que configura constrangimento ilegal, desrespeita o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal, por meio do qual é imprescindível a incidência sucessiva e individualizada das causas de diminuição e de aumento, procedimento que assegura resultado aritmético mais favorável ao acusado.

Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO (LEI N. 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NOVO CÁLCULO DAS PENAS. TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO SOMENTE APÓS A CAUSA DE AUMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, não é possível a compensação de de uma causa de aumento com outra de redução. Isso porque, além de obediência ao sistema trifásico (68 do CP), possui o magistrado o dever de esclarecer os motivos que determinaram a incidência do respectivo quantum de aumento ou de diminuição de pena que entender aplicável (HC 237.734/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 19/03/2013, DJe 25/03/2013). Precedentes.

3. Com o intuito de assegurar o tratamento mais favorável ao réu no momento do cálculo de suas penas, presentes causas de aumento e diminuição, deve-se, primeiramente, elevar a pena e, somente após, fazer incidir a minorante. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem, afastada a compensação entre as causas de aumento e diminuição, efetue novo cálculo das penas, justificando os patamares de aumento e de diminuição contidos nos arts. 40, VI, e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/06. (HC 367.916/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 10/11/2016).

[...] DOSIMETRIA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. COMPENSAÇÃO DA REFERIDA MINORANTE COM A CAUSA DE AUMENTO ESTABELECIDADA NO INCISO VI DO ARTIGO 40 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE NOVA INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

1. No que se refere à revisão da reprimenda imposta ao paciente, verifica-se que após fixar a pena-base no mínimo legal, a magistrada singular compensou a causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006 com a causa de diminuição prevista no § 3º do artigo 33 do referido diploma legal, tornando a sanção definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, o que foi mantido pela autoridade apontada como coatora.

2. Ocorre que nos termos do artigo 68 do Código Penal, tal operação não se mostra possível, sendo necessário que primeiro se aplique a causa de diminuição para, posteriormente, incidir a causa de aumento, não sendo possível compensá-las. Doutrina. Jurisprudência.

3. Ordem parcialmente concedida para anular o acórdão impugnado apenas no que se refere à dosimetria da pena imposta ao paciente, determinando-se que outra seja feita sem a compensação da causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 com a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, do mesmo diploma legal. (HC 313.938/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 15/4/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. COMPENSAÇÃO DA CAUSA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 COM A CAUSA DE AUMENTO DO INCISO VI DO ART. 40, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. SUPERVENIENTE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. PEDIDO PREJUDICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 04 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. Não se mostra cabível a compensação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, com a causa de aumento do art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, pois é necessária a incidência da causa de diminuição para posterior aplicação da causa de aumento, consoante ordem estabelecida no art. 68 do Código Penal.

[...]

6. Ordem de habeas corpus parcialmente prejudicada e, no mais, parcialmente concedida, tão-somente para determinar que o Tribunal de origem profira nova individualização da pena, sem a compensação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, com a causa de aumento do art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, vedada a reformatio in pejus. (HC 252.084/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/11/2013).

Assim, passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Mantidos os critérios utilizados pelas instâncias ordinárias na primeira e segunda fase da dosimetria, com pena provisória de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, aplico o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na fração de 1/6 (um sexto), considerando a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – 10kg de maconha –, fixando-a em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa. Incidente a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, aplicada na fração mínima de 1/6, torno a pena do paciente definitiva em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa.

Ressalta-se que o *quantum* de redução arbitrado encontra respaldo na regra constante do art. 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*: *O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS INTERESTADUAIS. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. A Corte estadual com base na quantidade e na natureza da droga encontrada em poder da paciente (4,590 kg de maconha), manteve a fração de 1/6 de redução de pena, o que não se mostra desproporcional, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, máxime porque a natureza e a quantidade da droga apreendida não foi sopesada para fins de exasperação da pena-base.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 339.138/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 26/4/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. PEDIDOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL E DE READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PREJUDICADOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Deve ser mantida a fração redutora de 1/6, pelo reconhecimento da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, quando a sentença e o acórdão recorridos, dentro da discricionariedade permitida por lei, fundamentam o patamar escolhido, concretamente, na quantidade da droga apreendida (6 kg de maconha). Ademais, alterar a conclusão a que chegou as instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

[...]

- *Habeas corpus não conhecido.* (HC 298.394/MS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 28/3/2016).

No que toca ao regime prisional, embora a pena do paciente tenha sido reduzida, mantenho o inicial fechado.

Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

[...]

2. Justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e diversidade das drogas apreendidas, descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

3. Caso em que a incidência daquela minorante no patamar de 1/3 decorreu da quantidade e da natureza da droga apreendida (55 porções de cocaína e maconha), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena ter sido fixada em 3 anos e 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas em poder do paciente, também utilizadas para o fim de fixar o regime prisional, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, admitem o cumprimento inicial da sanção no regime semiaberto.

6. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, no termos do art. 44 do Código Penal.

7. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a natureza, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas podem interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (AgRg na Rcl 21.663/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014).

8. In casu, a Corte estadual, sem se alinhar àquela orientação pretoriana, valeu-se, também, da quantidade (55 invólucros) e da natureza da droga (cocaína e maconha) para vedar a substituição pretendida.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC 296.069/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 11/9/2015).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Na espécie, embora a pena do paciente tenha sido estabelecida em patamar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade de entorpecente apreendido – 10kg de maconha –, sopesada na terceira fase da dosimetria, enseja o estabelecimento do regime mais gravoso, com fulcro no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, mantida a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 485 dias-multa.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0218730-2

HC 367.894 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00072378120158260577 20160000298549 72378120158260577

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO AIISO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.