



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.333 - SP (2016/0320179-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO DA SILVA MANO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. *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.

- A quantidade, natureza e diversidade 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. Configura, no entanto, indevido *bis in idem* a utilização de tal circunstância para fundamentar o aumento da pena-base e, também, justificar o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- No caso, não se operou o vedado *bis in idem*. Isso porque, foram utilizados dois fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e arbitrar o redutor na terceira fase da dosimetria da pena. A pena-base se afastou do mínimo legal com fundamento na diversidade/nocividade das drogas, sendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos é que foi utilizada para fundamentar uma redução menor que a máxima.

- *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros 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 381.333 - SP (2016/0320179-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO DA SILVA MANO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de LUIZ FERNANDO DA SILVA MANO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0008371-88.2014.8.26.0348).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado. Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista o aumento da pena-base com base na diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos. Sustenta que "elevar a pena-base em tamanho montante pela natureza da droga apreendida é atentar contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que os demais aspectos não são favoráveis ao acusado" (fl. 3). Alega, ainda, que a causa especial de diminuição da pena deve ser aplicada no patamar máximo, tendo em vista que o paciente é primário e possui bons antecedentes.

Dessa forma, requer o redimensionamento da pena, fixando a pena-base no mínimo legal, bem como aplicando a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas na fração de 2/3.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 37/44, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO PARA O CUMPRIMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA JUSTIFICADO NAS PARTICULARIDADES CONCRETAS DO DELITO. PRECEDENTES. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. PRECEDENTE.

Parecer do MPF pela inadmissibilidade do pedido, e, se admitido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.333 - SP (2016/0320179-7)

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).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em princípio, 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.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base e na não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo.

No caso, o sentenciante fixou as reprimendas nos seguintes moldes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fls.10/11):

Analizadas as diretrizes dos artigos 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal, verifico que a diversidade das droga apreendidas (cocaína, crack e maconha) e a natureza destrutiva da cocaína e do crack, além da ousadia da acusada realizar a traficância em plena luz do dia (15h30min). autorizam maior reprovabilidade da conduta da réu, razão pela qual aumento a pena-base em 1/3, fixando-a em 06 anos e 08 meses de reclusão e dias-multa e 666 dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, não incidem agravantes e nem atenuantes.

Na terceira fase, de acordo com o constante dos autos, o réu é primário e portador de bons antecedentes. Embora não tenha comprovado ocupação lícita, não foi demonstrado durante a instrução criminal que estava se dedicando a atividades criminosas ou pertencia a organização criminosa, sendo possível a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, paragrafo 4º, da Lei nº 11343/06, sob pena de se esvaziar por completo a aplicação da causa redutora e de violação dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo.

Registre-se não ser possível considerar a prisão posterior do acusado, pelo mesmo delito, para fazer prova de que pertencia a uma organização criminosa, pois o fato, por si só, não o comprova, não havendo elementos mínimos nestes autos neste sentido.

(...)

Assim sendo, levando-se em consideração as diretrizes dos artigos 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do Código Penal, especialmente a quantidade relevante das drogas apreendidas (225 porções), diminuo a pena no patamar de 1/3, fixando-a em 04 anos e 05 meses e 10 dias de reclusão e o pagamento de 444 dias-multa. a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas de diminuição ou aumento de pena.

O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, manteve a decisão de primeiro grau, com a seguinte fundamentação (fl. 16):

Passo, então, à análise dos inconformismos.

Não assiste razão à combativa Defesa.

Atendendo aos critérios norteadores do artigo 42, da Lei 11.343/06, a pena-base foi corretamente fixada acima do mínimo legal, na fração de 1/3, tendo em vista a diversidade e natureza das drogas apreendidas, assim como a ousadia do acusado em realizar a traficância em plena luz do dia.

Assim:

"Tratando-se de tráfico de entorpecente, na avaliação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias legais para fixação da pena, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga, pois se tratam de informações que demonstram o estágio de nocividade da substância para saúde pública, e o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, revelando a personalidade perigosa e voltada à prática criminosa" (STJ, HC 9.743- SP, 5ª T., j. 21-10-1999, rei. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22-11-1999, RT 775/559).

Ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, procedeu-se à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, reduzindo-se a pena na fração máxima de 1/3.

Consoante entendimento perfilhado por esta Colenda Câmara, tendo em vista a quantidade de drogas apreendidas, não seria o caso de aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33, da Lei 11.343/06, sequer em seu patamar mínimo, porquanto a regra do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, prevalece sobre os critérios constantes do artigo 59, do Código Repressivo, condicionando o benefício não apenas à presença de circunstâncias pessoais favoráveis, mas também à pequena quantidade de entorpecentes.

Contudo, à míngua de recurso ministerial, mantenho a incidência do redutor, evitando-se, assim, a reformatio in pejus.

Sabe-se que a quantidade, natureza e diversidade 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. Configura, no entanto, indevido *bis in idem* a utilização de tal circunstância para fundamentar o aumento da pena-base e, também, justificar o *quantum* de redução na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Pela leitura dos excertos acima, verifica-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base acima do mínimo legal tendo em vista a diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína, crack e maconha), fundamento que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. CRITÉRIO IDÔNEO. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGUNDA E NA TERCEIRA FASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal a quo, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre fundamentos próprios, respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem. Precedente.

3. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no 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.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 305.104/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016)

Prosseguindo, na terceira fase da dosimetria, o acórdão recorrido manteve a sentença no ponto referente ao reconhecimento do tráfico privilegiado e, quanto à fração redutora, também manteve a escolhida pelo Juízo de primeiro grau, qual seja, 1/3, destacando, para tanto, a quantidade drogas apreendidas - 225 porções- elementos que demonstram a gravidade concreta do delito, a ensejar a necessidade de uma redução menor do *quantum* da pena, para uma efetiva prevenção e repressão do delito em epígrafe.

Sobre a possibilidade de a nocividade, variedade e quantidade da droga embasarem o percentual de redução nos casos de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, destaco os seguintes precedentes:

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. DESCABIMENTO. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL MAIS GRAVOSO E VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Justificado o quantum de redução pela causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da natureza e da 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 natureza da droga apreendida (20g de crack), inexistindo ilegalidade patente a ser reparada na via estreita do mandamus.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 322.782/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 21/09/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei n. 11.343/06 e 59 do CP, dado a quantidade e a natureza do entorpecente apreendido.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. (HC 350.182/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016) - grifei.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE, VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS E NATUREZA DE UMA DELAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. FIXADO O REGIME FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS COM BASE NA HEDIONDEZ, NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/3 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da da quantidade e variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - 18 porções de crack e 4 de maconha - e da natureza altamente lesiva de uma delas (crack), a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Motivada de maneira concreta a fixação do quantum de aplicação do referido benefício, não há falar em ilegalidade.

(...)

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que, afastados os fundamentos referentes à hediondez e à gravidade in abstrato do delito de tráfico, bem como o óbice do art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (HC 352.049/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, vale consignar que, no caso, não se operou o vedado *bis in idem*. Isso porque, foram utilizados dois fundamentos diversos para exasperar a pena na primeira fase e arbitrar o redutor na terceira fase da dosimetria da pena. A pena-base se afastou do mínimo legal com fundamento na diversidade/nocividade das drogas, sendo que a quantidade dos entorpecentes apreendidos é que foi utilizada para fundamentar uma redução menor que a máxima.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base em 1/4 deu-se em razão da variedade das substâncias entorpecentes apreendidas - crack, cocaína e maconha - e a redução da reprimenda em apenas 1/3 em razão da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, deu-se em razão da expressiva quantidade de drogas - quase 1 kg -, motivos diversos, pois.

2. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado no tocante ao crime de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(HC 312.818/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015)

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0320179-7

HC 381.333 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083718820148260348 20150000841924 83718820148260348

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 : ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ FERNANDO DA SILVA MANO

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