



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.055 - DF (2017/0157013-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANA PAULA PEREIRA DE LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 2.927 g de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade de uma das drogas apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

4. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 07 de novembro de 2017(Data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.055 - DF (2017/0157013-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : ANA PAULA PEREIRA DE LIMA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ANA PAULA PEREIRA DE LIMA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Apelação n.º 20150110778684APR).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, e ao pagamento de 183 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 (fls. 14/34).

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo ministerial e negado provimento ao recurso defensivo, exasperando a pena da paciente para 6 anos e 5 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, e 641 dias-multa, nos seguintes termos, no que pertinente ao objeto da presente impetração:

Causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da LAD O "Parquet" requereu o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da LAD para os réus ANA PAULA e LEONARDO, aos argumentos de que o tráfico de drogas ocorreu entre Estado da Federação e o Distrito Federal, cuja droga foi transportada por ANA PAULA e ANDERSON; de que o corréu LEONARDO valia-se do seu trabalho de "motoboy" de uma franquia de "Fast Food" para entregar os entorpecentes em domicílio; e de que a quantidade de droga apreendida foi exacerbada, demonstrando que se dedicavam às atividades criminosas.

Com razão.

(...)

Embora sejam primários, possuidores de bons antecedentes, e não haja nos autos comprovação de que integram organização criminosa, há provas suficientes de que ANA PAULA e LEONARDO se dedicavam a atividades criminosas, a saber, o tráfico de drogas, mormente diante da extrema quantidade de maconha apreendida - 2.927 g (dois mil, novecentos e vinte e sete gramas) de massa líquida, nos termos do "item 01" do Laudo de Exame Químico (fls. 136-138) que serviria para atingir extremo número de pessoas viciadas, não podendo ser considerados como traficantes ocasionais.

No mais, a ré ANA PAULA trazia consigo, na bolsa, mais uma porção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de "crack" - um composto da droga denominada cocaína (item 8 do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 26-27), totalizando 1,48 g (um grama e quarenta e oito centigramas) de massa líquida, nos termos do "item 02" do Laudo de Exame Químico de fls. 136-138, constatando a variedade das substâncias traficadas, não havendo se vislumbrar que era destinada a consumo pessoal dela ou de ANDERSON, uma vez que a própria ré afirmou não fazer uso de drogas e que seu marido é usuário somente de maconha, fato este corroborado pelos Laudo de Exames Toxicológicos, com seus devidos aditamentos (fls. 233-240), atestando a presença de metabólicos de maconha somente para o réu ANDERSON, mas a ausência de metabólicos de cocaína ("crack") para todos os réus. Assim, a negociação com LEONARDO não foi nem seria a única na vida da ré ANA PAULA.

Outrossim, a ré ANA PAULA narrou na fase inquisitorial (fls. 14-15) que o seu companheiro, ora corréu ANDERSON, era envolvido com a prática de crimes, dentre eles o tráfico de drogas, e que ele tinha voltado a cometer este delito recentemente, sabendo ela de todas as suas atividades.

No que tange ao corréu LEONARDO, destaca-se que o Relatório de nº 434/2015 - 2ª DP (fls. 139-162) externa que a investigação começou através de LEONARDO, que fornecia drogas para traficantes da região do Gama/DF, constatando que também comercializava a diversos usuários, utilizando de sua profissão de "motoboy" na lanchonete "Sky's Burger" para, além das refeições do estabelecimento, entregar a usuários os entorpecentes anteriormente encomendados.

Não obstante, consta especificamente das fls. 149-151, em referência a mensagens trocadas entre LEONARDO e ANDERSON, que "(...) a negociação também demonstra que Leonardo e Anderson já se conheciam de transações pretéritas. Veja que ao negociar o preço a ser pago pela droga Leonardo afirma que na última vez que comprou maconha de Anderson pagou mais barato e pede um desconto", evidenciando que a traficância era uma prática reiterada entre os acusados.

A corroborar a assertiva, os policiais DIOGO LOBO FLEURY e ISMAEL SILVA NASCIMENTO afirmaram em juízo, respectivamente, "(...) que tiveram notícias de que Anderson forneceu drogas para Leonardo em várias oportunidades (...)" (fls. 300-300 verso) e "(...) que durante o monitoramento identificaram uma primeira ligação entre Leonardo e Anderson, na qual Anderson disse que 'tinha uma melhor que aquela', dando a entender que já havia repassado drogas para Leonardo em outra oportunidade (...)" (fls. 301-301 verso).

Por fim, registre-se que foram apreendidas na residência de LEONARDO 8 (oito) munições calibre 9 mm e 1 (uma) calibre .38, além de uma balança de precisão, conforme se verifica do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 26-27 - itens 1, 2 e 10, demonstrando sua conduta desvirtuada.

Dessarte, os robustos elementos probatórios demonstram que os réus eram envolvidos com atividades criminosas, devendo ser afastada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da LAD para os acusados LEONARDO e ANA PAULA.

(...)

III) - ANA PAULA PEREIRA DE LIMA

A douta Defesa não recorreu da sentença.

Na primeira etapa da dosimetria (crime de tráfico de drogas), a douta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade sentenciante considerou desfavorável a quantidade da droga apreendida (circunstância especial do art. 42 da LAD), fixando a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, a douta autoridade judicial apontou a ausência de agravantes e a presença da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Na terceira e última fase, diante do provimento do recurso do Ministério Público, afasto a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da LAD e aplico a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 (tráfico interestadual de entorpecentes), conforme argumentos já delineados, majorando a reprimenda no patamar mínimo (1/6 - um sexto), ficando definitivamente estabelecida em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e pagamento de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, calculados no padrão unitário mínimo legal.

Regime

O douto Ministério Público requereu a aplicação do regime inicial fechado para a ré ANA PAULA, nos termos do § 3º do artigo 33 do Código Penal, haja vista a sua periculosidade e culpabilidade, consideradas acima da média, não sendo a imposição de regime mais brando necessária e suficiente para a prevenção e repressão do delito, equiparado a hediondo.

Sem razão.

Vale destacar que a culpabilidade da ré foi considerada inerente ao tipo penal em que incurso, e a periculosidade não ampara a imposição de regime mais severo no caso em comento, não merecendo, portanto, consideração.

No mais, o fato de o crime ser equiparado a hediondo não justifica o regime fechado, sobretudo diante da declaração incidental do excelso Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que fixava a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados. Assim, cabe ao julgador, na análise do caso concreto, aferir as circunstâncias e condições do acusado para a fixação do regime adequado, pautando-se em elementos concretos e individualizados, em observância ao artigo 33 do Código Penal.

No caso, entretanto, diante dos ajustes realizados na reprimenda privativa de liberdade da ré, ficando estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito), fixo o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

O tempo em que a ré ficou presa preventivamente - de 9 de julho de 2015 (fl. 6) a 10 de setembro de 2015 (fl. 278) não impõe a adaptação de regime, consoante disposição do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Substituição/Suspensão

Tendo a reprimenda corporal da ré sido fixada nesta oportunidade em patamar acima de 4 (quatro) anos de reclusão, afasto a sua substituição por restritivas de direitos, uma vez que não cumprido o requisito legal previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Pela mesma razão, também fica inviabilizada a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77, "caput", do Código Penal (fls. 144/161).

No presente *mandamus*, alega o impetrante a existência de *bis in idem* na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena, haja vista que a quantidade da droga apreendida teria sido valorada na primeira e na terceira fase da dosimetria.

Aduz que deve ser reconhecido o tráfico privilegiado, porquanto "a quantidade de droga só deve ser um fator para não reconhecimento da modalidade privilegiada quando estiverem presentes outros indicativos de que o agente se dedica habitualmente ao tráfico" (fls. 6/7).

Requer:

a) a concessão da presente ordem de *Habeas Corpus* para que se promova a reforma do vergastado Acórdão;

b) que seja desconsiderada a quantidade da droga na terceira fase da dosimetria da pena, tendo em vista a flagrante ocorrência de *bis in idem*, com o conseqüente reconhecimento do tráfico privilegiado e o redimensionamento da pena pelo juízo da execução penal.

c) Que seja reconhecido o tráfico privilegiado, haja vista a que não há nos autos provas que demonstrem que a Paciente se dedica habitualmente ao tráfico de drogas, não podendo a quantidade de droga, isoladamente, ser fato para afastar a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11. 343/06 (fl. 9).

Foram prestadas informações às fls. 105/175.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, pela concessão da ordem, de ofício (fls. 177/187).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.055 - DF (2017/0157013-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE UMA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*, salvo em situações excepcionais.

2. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 2.927 g de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

3. Não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade de uma das drogas apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

4. *Habeas corpus* denegado.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se, por meio da presente impetração, a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

Cumpre salientar, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as conseqüências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

A título ilustrativo, confira-se a fundamentação perfilhada pelo Juízo de primeira instância acerca da pena-base da paciente:

A ré agiu com culpabilidade inerente ao tipo penal. Possui bons antecedentes. Nada foi apurado neste processo acerca sua conduta social ou sua personalidade. Os motivos, as circunstâncias e as conseqüências são comuns ao tipo penal. A circunstância relativa ao comportamento da vítima não pode ser computada em seu desfavor porque se trata do Estado.

Em atenção à disposição contida no art. 42 da Lei n.º 11.343/06, verifico que a quantidade de droga apreendida foi significativa (2927g de maconha e 1,48g de *crack*), merecendo a pena base ser exasperada por esse motivo.

Assim sendo, considerando circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 6 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO e 600 (SEISCENTOS) DIAS-MULTA (fls. 30/31).

A Corte de origem, por sua vez, ratificou o posicionamento adotado pelo Juízo de primeiro grau, no ponto.

Verifica-se, dessarte, que foram adotados elementos concretos para justificar a primeira fase da dosimetria, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o *quantum* imposto, tendo em vista a quantidade de uma das substâncias entorpecentes envolvidas na empreitada criminosa – 2.927 g de maconha –, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

O indigitado dispositivo legal determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Nesse passo, tratando-se dos crimes previstos na Lei de Drogas, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias entorpecentes são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do *Codex*, haja vista que, quanto maior o volume e quanto mais deletérios os efeitos da droga, maior será a probabilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.

Assim, levando em consideração a quantidade de uma das drogas apreendidas, não se vislumbra manifesta ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal a ensejar a concessão da ordem, não sendo, portanto, desarrazoado o patamar fixado na espécie. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE, NATUREZA E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PREVISÃO NO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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, a natureza e a diversidade das drogas apreendidas são fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, preponderam na fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas - maconha e cocaína -, revelando-se razoável e proporcional a exasperação da pena-base em 1/5 acima do mínimo legal.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 377.447/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELO MESMO DELITO. PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO (1/6). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos 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.

3. Hipótese em que, atenta a legislação de regência, a Corte de origem fixou a pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal, considerando como desfavoráveis a diversidade e a natureza altamente lesiva das drogas apreendidas (cocaína e crack), o que não se mostra desproporcional.

4. A reincidência específica ou a multirreincidência justificam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do mínimo legalmente previsto (1/6). Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 364.489/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. NECESSIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida na primeira fase da dosimetria, porquanto as instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a invocação da quantidade e a variedade das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006).

2. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 352.967/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 24/06/2016)

No mais, mister sublinhar que o art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Na espécie, eis o que destacou o Colegiado estadual quanto à matéria:

Causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da LAD O "Parquet" requereu o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da LAD para os réus ANA PAULA e LEONARDO, aos argumentos de que o tráfico de drogas ocorreu entre Estado da Federação e o Distrito Federal, cuja droga foi transportada por ANA PAULA e ANDERSON; de que o corréu LEONARDO valia-se do seu trabalho de "motoboy" de uma franquia de "Fast Food" para entregar os entorpecentes em domicílio; e de que a quantidade de droga apreendida foi exacerbada, demonstrando que se dedicavam às atividades criminosas.

Com razão.

(...)

Embora sejam primários, possuidores de bons antecedentes, e não haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos autos comprovação de que integram organização criminosa, há provas suficientes de que ANA PAULA e LEONARDO se dedicavam a atividades criminosas, a saber, o tráfico de drogas, mormente diante da extrema quantidade de maconha apreendida - 2.927 g (dois mil, novecentos e vinte e sete gramas) de massa líquida, nos termos do "item 01" do Laudo de Exame Químico (fls. 136-138) que serviria para atingir extremo número de pessoas viciadas, não podendo ser considerados como traficantes ocasionais.

No mais, a ré ANA PAULA trazia consigo, na bolsa, mais uma porção de "crack" - um composto da droga denominada cocaína (item 8 do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 26-27), totalizando 1,48 g (um grama e quarenta e oito centigramas) de massa líquida, nos termos do "item 02" do Laudo de Exame Químico de fls. 136-138, constatando a variedade das substâncias traficadas, não havendo se vislumbrar que era destinada a consumo pessoal dela ou de ANDERSON, uma vez que a própria ré afirmou não fazer uso de drogas e que seu marido é usuário somente de maconha, fato este corroborado pelos Laudo de Exames Toxicológicos, com seus devidos aditamentos (fls. 233-240), atestando a presença de metabólicos de maconha somente para o réu ANDERSON, mas a ausência de metabólicos de cocaína ("crack") para todos os réus. Assim, a negociação com LEONARDO não foi nem seria a única na vida da ré ANA PAULA.

Outrossim, a ré ANA PAULA narrou na fase inquisitorial (fls. 14-15) que o seu companheiro, ora corréu ANDERSON, era envolvido com a prática de crimes, dentre eles o tráfico de drogas, e que ele tinha voltado a cometer este delito recentemente, sabendo ela de todas as suas atividades.

No que tange ao corréu LEONARDO, destaca-se que o Relatório de nº 434/2015 - 2ª DP (fls. 139-162) externa que a investigação começou através de LEONARDO, que fornecia drogas para traficantes da região do Gama/DF, constatando que também comercializava a diversos usuários, utilizando de sua profissão de "motoboy" na lanchonete "Sky's Burger" para, além das refeições do estabelecimento, entregar a usuários os entorpecentes anteriormente encomendados.

Não obstante, consta especificamente das fls. 149-151, em referência a mensagens trocadas entre LEONARDO e ANDERSON, que "(...) a negociação também demonstra que Leonardo e Anderson já se conheciam de transações pretéritas. Veja que ao negociar o preço a ser pago pela droga Leonardo afirma que na última vez que comprou maconha de Anderson pagou mais barato e pede um desconto", evidenciando que a traficância era uma prática reiterada entre os acusados.

A corroborar a assertiva, os policiais DIOGO LOBO FLEURY e ISMAEL SILVA NASCIMENTO afirmaram em juízo, respectivamente, "(...) que tiveram notícias de que Anderson forneceu drogas para Leonardo em várias oportunidades (...)" (fls. 300-300 verso) e "(...) que durante o monitoramento identificaram uma primeira ligação entre Leonardo e Anderson, na qual Anderson disse que 'tinha uma melhor que aquela', dando a entender que já havia repassado drogas para Leonardo em outra oportunidade (...)" (fls. 301-301 verso).

Por fim, registre-se que foram apreendidas na residência de LEONARDO 8 (oito) munições calibre 9 mm e 1 (uma) calibre .38, além de uma balança de precisão, conforme se verifica do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 26-27 - itens 1, 2 e 10, demonstrando sua conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvirtuada.

Dessarte, os robustos elementos probatórios demonstram que os réus eram envolvidos com atividades criminosas, devendo ser afastada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da LAD para os acusados LEONARDO e ANA PAULA (fls. 144/146) (grifou-se).

Verifica-se, pois, que não há falar em *bis in idem*, haja vista que a majoração da pena-base deu-se em razão da quantidade de uma das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entender a Corte de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto – dentre elas, mas não somente, a quantidade da droga –, que a paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA E ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU REINCENTE. NÃO APLICAÇÃO. RÉ QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias 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.

3. Hipótese em que o aumento da pena-base pela aferição desfavorável da quantidade e da variedade de drogas (45 porções de cocaína e 1.698 Kg de maconha, em forma de tijolo, e mais 372 gramas de maconha) está desproporcional, tendo em vista as demais vertentes favoráveis aos pacientes e às penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (5 a 15 anos de reclusão), razão pela mostra-se suficiente à reprovação do fato, o deslocamento da reprimenda inicial em dois anos de reclusão.

4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. Tratando-se o paciente Júlio César de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedente.

6. 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).

7. Concluído pelo Tribunal de origem que a paciente se dedica ao tráfico de drogas, tendo em vista a variada e significativa quantidade de drogas, assim como sua própria confissão, é inadmissível o reconhecimento do tráfico privilegiado. 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 (Precedentes).

8. **Não há se falar em *bis in idem* quando, embora tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação da agente ao tráfico ilícito de entorpecentes.** Precedentes.

9. A reincidência do paciente Júlio Cesar obsta o reconhecimento do tráfico privilegiado, em razão da falta do atendimento dos requisitos legais.

10. Readequada a pena dos pacientes para 7 anos (Júlio César) e 5 anos e 10 meses de reclusão (Amanda Ferreira), o regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) deve ser mantido, tendo em vista a aferição desfavorável das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta aos pacientes, resultando definitiva em 7 anos de reclusão para Júlio César Silvério de Paula e 5 anos e 10 meses de reclusão para Amanda Ferreira Xavier.

(HC 363.600/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017) (grifou-se)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

3. O regime inicial fechado foi fixado com base, exclusivamente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito 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 380.402/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017) (grifou-se)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 381.333/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017) (grifou-se)

Tem-se, pois, que a irresignação não merece prosperar.

Ante o exposto, **denego a ordem.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0157013-5

HC 406.055 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00234117820158070001 20150110778684 20150110778684120 234117820158070001
2892015

EM MESA

JULGADO: 07/11/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE	: ANA PAULA PEREIRA DE LIMA
CORRÉU	: ANDERSON BRAGA DA SILVA
CORRÉU	: LEONARDO PORTELLA DANTAS

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.