



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.770 - ES (2015/0044609-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : COSME GOMES (PRESO)
PACIENTE : POLIANE MARCOLINO (PRESO)
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES BARBOSA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACUSADOS CONDENADOS À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS E ACUSADA À PENA CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 6 MESES, ANTE A MENORIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE OS PACIENTES DEDICAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. *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.

– O fato de ter sido utilizada a mesma motivação para a valoração das circunstâncias judiciais dos pacientes não tem o condão de macular a dosimetria, por suposta ofensa ao princípio da individualização da pena, vez que se trata, no caso, de circunstâncias judiciais comuns aos acusados.

– Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a conduta social do agente.

– Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

– Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação dos pacientes às atividades criminosas, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade das drogas apreendidas (22 buchas de maconha, pesando 55g; 108 pedras de crack, com peso de 29g; e 44g de crack em estado bruto) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

– É de ser mantido o regime prisional, pois o acórdão recorrido, mesmo diante da pena de 6 anos de reclusão, destacou a necessidade do regime mais gravoso em razão da quantidade elevada das drogas apreendidas, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, indicando, portanto, elemento concreto a recomendar o regime fechado, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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 junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.770 - ES (2015/0044609-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : COSME GOMES (PRESO)
PACIENTE : POLIANE MARCOLINO (PRESO)
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES BARBOSA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de COSME GOMES, POLIANE MARCOLINO e MARCELO RODRIGUES BARBOSA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nos autos da Apelação n. 0018086-59.2012.8.08.0047.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, pela prática do delito tipificado nos art. 33 da Lei n. 11. 343/2006, sendo absolvidos do tipo previsto no art. 35 do mesmo diploma legal (fls. 26/32).

Inconformada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem mantido na íntegra a sentença, consoante acórdão acostado às fls. 47/57. Opostos embargos de declaração, foram os aclaratórios parcialmente acolhidos, apenas para reconhecer a atenuante da menoridade em favor da paciente Poliane Marolino, reduzindo suas penas para 5 anos e 6 meses de reclusão e 550 dias-multa (fls. 65/71).

No presente *writ*, alega a impetrante: **i)** a ocorrência de nulidade na sentença em razão da ausência de individualização da pena; **ii)** ocorrência de *bis in idem*, por ter considerado a natureza e a quantidade da droga em dois momentos distintos da dosimetria da pena e **iii)** inconstitucionalidade da fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena.

Requer, em caráter liminar, a suspensão da execução da pena até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pede o reconhecimento da nulidade na dosimetria da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena apontada ou, subsidiariamente, a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, pois a quantidade da droga já foi valorada na primeira etapa da aplicação da pena. Por fim, pugna pela readequação do regime inicial de cumprimento da pena.

Pedido liminar indeferido (fls. 75/76).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (fls. 85/88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.770 - ES (2015/0044609-3)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, alega a defesa nulidade da dosimetria da pena, ante a ofensa ao princípio da individualização. Subsidiariamente, busca a aplicação, em seu patamar máximo, da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, pois a quantidade da droga já foi valorada na primeira etapa da aplicação da pena. Por fim, requer o abrandamento do regime prisional.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o sentenciante, ao estabelecer as penas do ora pacientes, consignou que (fls. 30/31):

Com a finalidade de evitar repetições desnecessárias, as circunstâncias judiciais dos acusados serão analisadas conjuntamente.

Analisadas as diretrizes do art. 59 do CP em conjunto art. 42 da Lei 11.343/06, denoto que os acusados agiram com culpabilidade normal à espécie, nada tendo que valorar; não são possuidores de maus antecedentes; não há elementos que possam aferir negativamente às suas condutas sociais e personalidades; a motivação dessa espécie de crime é o lucro ilícito fácil; as circunstâncias foram esclarecidas nesta decisão; a natureza da droga e quantidade expressiva de droga é prejudicial aos acusados: vinte e duas buchas de maconha, cento e oito pedras de crack, quarenta e quatro gramas de crack em estado bruto denotam uma quantidade expressiva sendo valorada, as conseqüências são graves haja vista causarem grande malefício à saúde pública/sociedade; não se pode cogitar acerca do comportamento da vítima. Por fim não existem dados para se aferir as situações econômicas dos réus.

A vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena base privativa de liberdade, para cada acusado em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Não havendo nenhuma circunstância legal ou judicial a ser levada em conta, condeno-os definitivamente as penas de 06 (seis) anos de reclusão e em 600 (seiscentos) dias-multa.

Sustenta a defesa que, ao analisar conjuntamente as circunstâncias judiciais dos pacientes, o sentenciante afrontou o princípio da individualização da pena, de modo que a sentença, no ponto referente à dosimetria, é nula.

Ao enfrentar a matéria, o voto condutor do acórdão dos embargos declaratórios destacou que (fls. 69/70):

Em sua primeira alegativa recursal, aduz a defesa dos embargantes que a sentença encontra-se eivada de nulidade absoluta por ausência de observância ao princípio da individualização da pena, tendo em vista que o magistrado sentenciante se utilizou de uma mesma fundamentação para fixação da reprimenda em relação a todos os réus.

Entretanto, analisando atentamente a sentença condenatória - e atento ao postulado constitucional ora em análise - não vislumbro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer violação constitucional em desfavor dos ora embargantes. Senão vejamos.

O magistrado sentenciante consignou em sua sentença que 'com a finalidade de evitar repetições desnecessárias, as circunstâncias judiciais dos acusados serão analisadas conjuntamente' (fls. 161).

Em seguida, após proceder à análise das ditas circunstâncias judiciais, consignou novamente que 'à vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, é que fixo a pena-base privativa de liberdade para cada acusado em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa'.

Diante de tais transcrições, a meu sentir, não houve violação ao princípio da individualização da pena, eis que o magistrado assim agiu objetivando evitar 'repetições desnecessárias', deixando inclusive consignado que as referidas circunstâncias foram analisadas 'individualmente'.

Assim sendo, inexistindo prejuízo processual ou a direito da parte, entendo inexistir omissão a ser sanada em relação a este pleito recursal.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que inexistente qualquer nulidade a ser reconhecida no caso, pois o fato de ter sido utilizada a mesma motivação para a valoração das circunstâncias judiciais dos pacientes não tem o condão de macular a dosimetria, por suposta ofensa ao princípio da individualização da pena, por se tratar, no caso, de circunstâncias judiciais comuns aos acusados.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DOS AUTOS. OFENSA AO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL E AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em nulidade na dosimetria da pena do paciente, haja vista que o Juízo de primeira instância, malgrado não tenha se pronunciado expressamente acerca de todo o rol de circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, explicitou, com base nos elementos concretos dos autos, as razões para exasperação da pena-base acima do mínimo legal, a saber, o fato de que a empreitada criminosa envolvia uma intrincada rede de distribuição e venda de drogas e armas de fogo em diversas comunidades, sendo que não havia uma única associação criminosa, mas sim várias delas com a atuação em várias comunidades carentes, inclusive na região metropolitana de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

São Paulo, o que acarretou a valoração negativa da culpabilidade do paciente.

2. Foram adotados fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a gravidade das condutas perpetradas pelo paciente, a evidenciar sua intensa periculosidade, haja vista que fora identificado como líder do "Comando Vermelho" no tráfico de drogas do Chapadão da Pavuna.

3. Não se cogita, ademais, de ofensa ao princípio da individualização da pena, porquanto, a análise em conjunto das circunstâncias judiciais do paciente e dos corréus não acarretou prejuízo à dosimetria, tendo em vista que o Magistrado de primeiro instância, após salientar os pontos distintos e em comum de cada acusado, concluiu, expressamente, pela equivalência da reprovabilidade das condutas de todos os agentes, todas igualmente concorrentes para o êxito das operações realizadas pelo grupo criminoso, destacando, diante de tal fato, a desnecessidade de diferenciação das reprimendas na primeira fase do cálculo da pena.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 338.579/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016) - grifei.

Prosseguindo, sabe-se que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre *in casu*, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. 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 ponto, vale consignar que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas fases, sob pena de *bis in idem*.

Vale consignar que o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

No caso, o sentenciante, ao estabelecer as penas dos pacientes, nada mencionou acerca da possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tendo apenas afirmado, após estabelecer as penas basilares, que *não havendo nenhuma circunstância legal ou judicial a ser levada em conta, condeno-os definitivamente as penas de 06 (seis) anos de reclusão e em 600 (seiscentos) dias-multa* (fl. 31).

Ao julgar o apelo defensivo, o voto condutor do acórdão do recurso de apelação assentou que (fl. 56):

Para a incidência da minorante relativa ao tráfico eventual de drogas, o artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, exige que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa e nem integre organização criminosa. Preenchidos tais requisitos, faz-se imperiosa a aplicação do referido benefício, pois trata-se de direito subjetivo do réu e não mera faculdade do juiz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso vertente, a apreensão de elevada quantidade de substância entorpecente, qual seja, 22 (vinte e duas) porções de fragmentos vegetais e frutos, individualmente por plástico, pesando ao todo 55,8 (cinquenta e cinco gramas e oito decigramas); 108 (cento e oito) porções de substância bege na forma de pequenas pedras, envoltas individualmente por plástico, pesando ao todo 29,1 (vinte e nove gramas e um decigrama) e 08 (oito) porções de substância bege na forma de pedras, envoltas individualmente por plástico, pesando ao todo 44,6g (quarenta e quatro gramas e seis decigramas), conforme descrito no laudo de exame químico de fls. 137/138, revela que não se trata de tráfico eventual, indicando a dedicação dos réus à atividade criminosa.

Observa-se, pela leitura do trecho acima transcrito, que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, ante a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas - *22 buchas de maconha, pesando 55g; 108 pedras de crack, com peso de 29g; e 44g de crack em estado bruto* - e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade e a nocividade da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, inocorrendo, assim, o alegado *bis in idem*.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza bis in idem a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Por oportuno, vale consignar que, quanto ao regime prisional, inexiste coação ilegal a ser reconhecida. Isto porque o acórdão recorrido (fl. 57), mesmo diante da pena de 6 anos de reclusão, destacou a necessidade do regime mais gravoso em razão da quantidade elevada das drogas apreendidas, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, indicando, portanto, elemento concreto a recomendar o regime fechado, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ATO INFRACIONAL. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E QUANTIDADE. CRITÉRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

7. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, o julgador deve observar os critérios dos arts. 33 do Código Penal e 42 da Lei n. 11.343/2006.

8. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, o regime fechado mostra-se adequado para a prevenção e reparação do delito, tendo em vista a natureza e a quantidade das drogas apreendidas - 80 pedras de crack (67,17g) e 1 porção de cocaína (0,53g).

(...)

10. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.578/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 03/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por esta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0044609-3

HC 317.770 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00180865920128080047 180865920128080047

EM MESA

JULGADO: 16/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: COSME GOMES (PRESO)
PACIENTE	: POLIANE MARCOLINO (PRESO)
PACIENTE	: MARCELO RODRIGUES BARBOSA (PRESO)

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

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.