



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.973 - SP (2016/0255657-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **CELSO LUIS FERRAZ**
ADVOGADO : **CELSO LUIS FERRAZ - SP348391**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **RODRIGO BARBOSA DE ARRUDA**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. *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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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 as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

4. Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, embora as circunstâncias especialmente graves do fato sejam argumentos idôneos para exasperação da pena-base, a aplicação do índice de 1/2 mostra-se desarrazoada porque apoiada, exclusivamente, em uma diretriz desfavorável do art. 59 do CP, sendo suficiente, portanto, o aumento em 1/6. Manifesta ilegalidade verificada.

5. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração 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).

7. Não há *bis in idem* quando, não obstante 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 do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

8. Aplicada a regra do concurso material entre os delitos de porte ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas e resultando a soma das penas em 11 anos e 1 mês de reclusão, o regime inicial fechado é o cabível por força de expressa previsão legal do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.973 - SP (2016/0255657-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CELSO LUIS FERRAZ
ADVOGADO : CELSO LUIS FERRAZ - SP348391
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO BARBOSA DE ARRUDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **RODRIGO BARBOSA DE ARRUDA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 8 anos e 9 meses de reclusão mais o pagamento de 875 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, ambos da Lei n. 11.343/2006, e de 3 anos de reclusão mais o pagamento de 15 dias-multa, pela infração do art. 14 da Lei n. 10.826/2003, ambas a serem cumpridas no regime fechado.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, insurge-se o impetrante contra a dosimetria da pena fixada, sustentando ser desproporcional a exasperação da pena-base em 1/2, com base apenas na quantidade de droga apreendida, para o delito de tráfico, e nas circunstâncias do delito, quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo. Alega, ainda, que as instâncias antecedentes incorreram em *bis in idem*, ao sopesar tal circunstância, tanto na primeira etapa da dosimetria como na terceira, para afastar a incidência do redutor do art. 33, § 4, da Lei de Drogas.

Afirma, por fim, que, redimensionadas as penas, o paciente fará jus ao regime mais brando.

Requer, assim, a redução das penas-base, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Liminar indeferida (e-STJ, fls. 37-38).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 48-49 e 63-64).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 117-124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.973 - SP (2016/0255657-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CELSO LUIS FERRAZ
ADVOGADO : CELSO LUIS FERRAZ - SP348391
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO BARBOSA DE ARRUDA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. *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. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do 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 as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

4. Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, embora as circunstâncias especialmente graves do fato sejam argumentos idôneos para exasperação da pena-base, a aplicação do índice de 1/2 mostra-se desarrazoada porque apoiada, exclusivamente, em uma diretriz desfavorável do art. 59 do CP, sendo suficiente, portanto, o aumento em 1/6. Manifesta ilegalidade verificada.

5. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

6. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração 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).

7. Não há *bis in idem* quando, não obstante 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 do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes.

8. Aplicada a regra do concurso material entre os delitos de porte ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas e resultando a soma das penas em 11 anos e 1 mês de reclusão, o regime inicial fechado é o cabível por força de expressa previsão legal do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal. Precedente.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Na sentença condenatória, a individualização da pena foi estabelecida nos seguintes termos:

"Restou bem delineada a prática dos delitos do artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, inciso V, da Lei no.11.343/06, e do artigo 14, da lei n. 10.826/03. A causa de diminuição de pena do artigo 33, parágrafo 4º., da Lei n. 11.343/06 é inaplicável aos agentes, que transportavam elevadíssima quantidade de droga de um Estado a outro da Federação. Embora primários, eles não são traficantes de primeira viagem.

Os policiais ressaltaram que já abordaram, em data anterior, RODRIGO e SUELI, o que demonstra que o acusado RODRIGO já tinha 'analisado' o percurso antes da data dos fatos e que já se dedicava ao transporte interestadual de drogas.

Passo à dosimetria da pena do delito do artigo 33.

Nos termos do artigo 42, da Lei no.11.343/06, elevada foi a quantidade de droga apreendida: 80,6 quilos de maconha.

Não há, nos autos, elementos sobre a personalidade e a conduta social do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos do artigo 59, do Código Penal, não há nos autos elementos sobre a culpabilidade dos acusados. Não foram especiais os motivos e as consequências do delito. Isto porque, na fase de aplicação da pena, não se podem considerar os próprios elementos do tipo penal: crime hediondo e venda de substância nociva à saúde.

No que tange às circunstâncias do crime, os réus transportavam a droga nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista. É certo que um filho é o bem mais precioso para os pais, mas os acusados expuseram tais crianças da pior forma possível, fazendo com que assistissem à prisão deles e ao encontro da droga. As crianças foram conduzidas à Delegacia junto com os pais e lá ficaram esperando que algum parente as socorresse! Eles colocaram o lucro de seus negócios ilícitos acima do bem estar das crianças.

Assim, ante a elevada quantidade da droga e as circunstâncias do delito, fixo a pena base em 1/2 acima do mínimo legal 5 anos de reclusão o que perfaz 7 anos e 6 meses de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

A causa de aumento do artigo 40, inciso V, restou configurada, pois a droga era transportada do Paraná para São Paulo.

Aumento, pois, de 1/6 a pena de 7 anos e 6 meses, o que perfaz 8 anos e 9 meses de reclusão.

Não há causas de diminuição de pena.

[...]

Passo à dosimetria da pena do crime de porte de arma de fogo.

Nos termos do artigo 59, os réus são primário e não há nos autos elementos sobre a culpabilidade, a personalidade e a conduta social dos acusados. Não foram especiais os motivos e as consequências do delito.

No que tange às circunstâncias do crime, os réus transportavam a droga nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista. É certo que um filho é o bem mais precioso para os pais, mas os acusados expuseram tais crianças da pior forma possível, fazendo com que assistissem à prisão deles e ao encontro da droga. As crianças foram conduzidas à Delegacia junto com os pais e lá ficaram esperando que algum parente as socorresse!

Assim, ante as circunstâncias do delito, fixo a pena base em 1/2 acima do mínimo legal 2 anos de reclusão o que perfaz 3 anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou de diminuição de pena." (e-STJ, fls. 27-29)

A Corte de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo e manteve a pena aplicada em primeiro grau, pelos seguintes motivos:

"1) Para o crime disposto no artigo 33 da Lei 11.343/06:

A pena base foi fixada em 1/2 (metade) acima do mínimo legal para os réus, isto diante das circunstâncias dos crimes, os réus transportaram drogas nos mesmos automóveis em que carregaram crianças e diante da elevada quantidade de droga apreendida, 80,6 quilos de maconha, o que resultou numa pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa.

Na segunda fase, ausente qualquer modificação.

Destaca-se que não se pode aplicar a atenuante da confissão para RODRIGO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pese sua confissão na delegacia, nota-se que em Juízo ele se retratou e negou os fatos, o que afasta a aplicação da atenuante.

Para WALTER também não se considera a confissão, já que esta se deu de forma parcial, este assumiu a culpa sozinho pelo delito de tráfico, acrescentou que os envolvidos não sabiam do transporte da droga.

Na derradeira etapa, diante da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V da lei 11.343/06, pois a droga era transportada do Paraná a São Paulo, elevou-se a pena em 1/6 (um sexto), o que resultou numa pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, fixadas em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época da infração.

Não há que falar em reconhecimento do tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06), diante da elevada quantidade de drogas transportada.

[...]

2) Para o crime de porte de arma de fogo:

Na primeira fase, a pena foi fixada $\frac{1}{2}$ (metade) acima do mínimo diante das circunstâncias do crime com o envolvimento de crianças no transporte, o que resultou numa pena de 03 (três) anos de reclusão e 15 dias multa, fixadas em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Na segunda fase, não estão presentes atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, ausente qualquer causa de aumento ou de diminuição." (e-STJ, fls. 18-20)

De início, convém destacar que a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

No que concerne ao delito de tráfico, consigno que, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Na hipótese, segundo se verifica, as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, para elevar a pena-base em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), consideraram, além da gigantesca quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias especialmente graves do delito (o transporte droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar).

Levando-se em conta as penas máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos) e a apresentação de fundamento válido para a valoração desfavorável de duas circunstâncias judiciais, sendo uma delas elencada como preponderante, não se mostra desproporcional o *quantum* imposto a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, manifestou-se pela legalidade do aumento da pena, diante da preponderância do art. 42 da Lei de Drogas, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. 194,095 KG DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MACONHA. *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. DOSIMETRIA. REVISÃO EM *WRIT*. EXCEPCIONALIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE A PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O aumento da pena-base em 3 anos não se mostra, no caso, desproporcional, tendo em vista a elevada gravidade da conduta, evidenciada pela quantidade e natureza da droga apreendida (194,095 kg de maconha). Inteligência do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Precedentes.

[...]

Habeas corpus não conhecido.

(HC 370.057/RO, Rel. Mininistro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2016).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 12 DA LEI N. 6368/76). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

1. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Na espécie, mostra-se cabível a exasperação da pena, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, não havendo, portanto, que se falar em constrangimento ilegal, uma vez que foi apontado fundamento concreto a justificar a sanção inicial em patamar superior ao mínimo legal.

3. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 339.229/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 11/05/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. PESSOA APONTADA COMO LÍDER DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. PENA DE CORRÉU REDUZIDA EM RECURSO PRÓPRIO. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. TEMA DEBATIDO EM ANTERIOR IMPETRAÇÃO. NOVA ANÁLISE. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes.

3. No caso, a exasperação da pena-base teve por fundamento a expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria dos entorpecentes apreendidos – mais de 2 kg de cocaína –, além da intensa culpabilidade do paciente, considerado o líder da organização criminosa, revelando-se adequado e proporcional o incremento de 2 anos e 11 meses sobre a pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas.

[...]

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 278.001/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

Quanto ao pedido de reconhecimento do tráfico na forma privilegiada, melhor sorte não assiste ao impetrante.

O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que 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.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (RHC 72.118/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016 e AgRg no REsp 1.442.055/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 18/08/2015).

In casu, as instâncias antecedentes afastaram a incidência da minorante, por entenderem evidenciada a dedicação do paciente ao tráfico de entorpecentes, haja vista **não só a expressiva quantidade de droga apreendida** – 80,06 kg de maconha –, **mas também as demais circunstâncias da prática criminosa**, consubstanciadas no fato de estar transportando elevada quantidade de entorpecente de um Estado para outro, assim como de ter sido abordado anteriormente por policiais na mesma rota, o que denota que havia feito a análise do percurso.

Assentado pelas instâncias antecedentes, soberanas na análise dos fatos, que o paciente pratica habitualmente o tráfico de entorpecentes, 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*.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA AUMENTAR A PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. REGIME PRISIONAL COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar a existência de eventual coação ilegal.

- A pena-base foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, ou seja, 1/6 acima do mínimo legal, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida, em perfeita consonância com o art. 42 da Lei n. 11.343/06.

- A redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não foi aplicada por entender o Magistrado sentenciante, com base em outros elementos constantes dos autos, diversos da quantidade da droga, que o acusado se dedicava às atividades criminosas. Desse modo, afigura-se inviável, pela estreita via do *habeas corpus*, adotar conclusão diversa daquela apresentada pelas instâncias ordinárias, uma vez que é vedada a reincursão nos fatos e provas dos autos na espécie processual eleita. Precedentes. Inexiste *bis in idem*, pois inaplicável ao caso concreto o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 666334 RG, Relator Min. GILMAR MENDES, DJe 6.5.2014

- A fixação do regime prisional deve ser feita em consonância com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, sendo certo que, no julgamento do *habeas corpus* n. 111.840/ES o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, seja na sua redação original (HC n. 82.959/SP), seja na redação da Lei n. 11.464/2007 (HC n. 111.840/ES), o qual determinava a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos e os a eles equiparados.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastado o óbice legal, fixe o regime mais adequado para o início do cumprimento da pena, observados os parâmetros traçados no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

(HC 325.122/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 31/3/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que o Tribunal de Justiça estadual, sem piorar a situação do réu, manteve a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com base em elementos concretos assinalados na sentença condenatória, que evidenciaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico (depoimentos de testemunhas, funcionamento de boca de fumo no local da prisão, apreensão de balança de precisão e quantidade de pasta-base de cocaína apreendida).

3. Ordem não conhecida.

(HC 324.460/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, DJe 11/9/2015.)

Impende ressaltar que não obstante a quantidade de droga apreendida tenha sido sopesada na primeira e na terceira fase do cálculo da pena, não se verifica o alegado *bis in idem* sustentado pela defesa, pois a dedicação do paciente ao narcotráfico se evidencia em outros elementos dos autos que, por si sós, autorizam a não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Cito a propósito o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. 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.

- 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 e a conduta social do agente. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza do entorpecente apreendido.

- 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 (109 porções de cocaína e 106 porções de *crack*) e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Consigne-se que, mantidos a pena-base e o não reconhecimento do tráfico privilegiado e, em decorrência, inalterada a pena corporal, fica prejudicado o pleito de substituição da pena, uma vez que o patamar de 6 anos de reclusão não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 7 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, como bem destacado no acórdão recorrido, 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."

(HC 320176/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/4/2016).

No que se refere ao delito de porte ilegal de arma de fogo, melhor sorte socorre ao impetrante.

Não se olvida que a exasperação da pena-base foi devidamente motivada pelas instâncias antecedentes, observados os termos dos arts. 59 do CP e 93, IX, da CF, tendo em vista elementos concretos do delito, na medida em que foi destacado que "os réus transportavam a droga nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista. É certo que um filho é o bem mais precioso para os pais, mas os acusados expuseram tais crianças da pior forma possível, fazendo com que assistissem à prisão deles e ao encontro da droga. As crianças foram conduzidas à Delegacia junto com os pais e lá ficaram esperando que algum parente as socorresse" (HC 359.567/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/12/2016).

Entretanto, mostra-se desarrazoado a elevação da pena-base em metade com fundamento em, apenas, uma circunstância desfavorável, quando as demais são benéficas ao paciente. Logo, tenho como suficiente ao caso, a majoração em 1/6, pela aferição desfavorável das circunstâncias fáticas do delito, notadamente graves.

Assim, a pena inicial para o delito de porte ilegal de arma de fogo fica estabelecida em **2 anos e 4 meses de reclusão** mais o pagamento de 11 dias-multa, a qual torno definitiva, ante a ausência de outras causas modificadoras da pena, conforme delineado pela Corte de origem.

O regime prisional não merece alteração, pois, aplicada a regra do concurso material entre os delitos de porte ilegal de arma de fogo e tráfico de drogas e somadas as penas (11 anos e 1 mês de reclusão), o modo fechado é o cabível por força de expressa previsão legal do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal (HC 373.836/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

Por fim, mantido o *quantum* da pena em patamar superior a quatro anos de reclusão, é inviável a substituição de pena corporal por restritivas de direito, ante o não preenchimento de requisito objetivo, do art. 44, I, do CP (HC 373.769/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ 15/12/2016).

Diante do exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, tão-somente, para reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0255657-2

HC 372.973 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013812820148260495 13812820148260495 20160000164088

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: CELSO LUIS FERRAZ
ADVOGADO	: CELSO LUIS FERRAZ - SP348391
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODRIGO BARBOSA DE ARRUDA
CORRÉU	: WALTER RODRIGUES DOS SANTOS
CORRÉU	: SUELI RODRIGUES DOS SANTOS ARRUDA
CORRÉU	: LEIA MENDES MONTEIRO

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.