



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.587 - SP (2015/0154723-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON WESLEY PEDRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME FECHADO. ELEVADA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. *In casu*, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista as circunstâncias do delito, a confissão do réu de que vinha praticando a traficância há meses, bem como a natureza, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas. Assim, a reforma dessa conclusão constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas às das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o intenso envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*. Trata-se de hipótese diversa daquela tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *"tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. Na hipótese dos autos, não há falar em ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, uma vez que a quantidade de droga apreendida – 43 (*quarenta e três*) *eppendorfs* contendo cocaína, sob a forma de pó, 66 (*sessenta e seis*) pedras de cocaína, sob a forma de crack, e 24 (*vinte e quatro*) tabletes de *Cannabis Sativa L*, vulgarmente conhecida como maconha – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade concreta do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a presença de circunstância judicial desfavorável impõe o regime prisional mais gravoso, em decorrência da disposição contida no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. - CP

6. Prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que a pena aplicada supera o limite estabelecido objetivamente pelo art. 44, inciso I, do CP.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.587 - SP (2015/0154723-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON WESLEY PEDRO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de WELLINGTON WESLEY PEDRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0078504-79.2014.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes).

No julgamento da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do acórdão cuja ementa transcrevo a seguir, *verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico ilícito de drogas - ABSOLVIÇÃO - Inadmissibilidade. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Validade dos depoimentos dos policiais. Circunstâncias da prisão a evidenciar que o destino das drogas era a espúria mercancia - REDUÇÃO DA PENA - Descabimento. Apelante que se dedicava às atividades criminosas, não fazendo jus ao art. 33, § 4º da Lei nº 11.343 - Regime fechado compatível com a gravidade dos fatos - Recurso não provido (fl. 31).

No presente *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em seu *status libertatis*, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sem que houvesse elementos para afastar o privilégio, mas tão somente com base em mera presunção de que o sentenciado se dedicava à atividade criminosa.

Assevera, ainda, que as mesmas circunstâncias - quantidade e natureza das drogas - foram utilizadas tanto para exasperar a pena base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, conforme já decidiu o plenário do col. Supremo Tribunal Federal no julgamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC n. 109.193/MG e HC n. 112.776/MS.

Aduz, ainda, que apesar da primariedade do paciente e a quantidade da pena aplicada autorizar a fixação do regime inicial semiaberto, foi estabelecido o regime inicial fechado em razão da gravidade abstrata do delito, em desrespeito aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como ao Enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Sustenta, por fim, que uma vez reduzida a pena a patamar inferior a 4 (quatro) anos, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal - CP.

Desse modo, requer a concessão da ordem para reduzir a reprimenda imposta, bem como fixar regime mais brando para início do cumprimento da pena, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 46/47).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 53/62).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 70/72).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.587 - SP (2015/0154723-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente impetração, a redução da pena do paciente e a fixação de regime inicial mais brando para cumprimento da reprimenda. Pleiteia, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

[...]

Elaboradas as premissas, portanto, passo à individualização da pena nesta **primeira fase**, tendo por parâmetro o **artigo 59 do Código Penal conjugado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06**. No tocante aos antecedentes do acusado, verifica-se que o mesmo não possui **antecedentes** criminais aptos à majoração da pena, nesta fase. No concernente à **conduta social** e **personalidade** do agente, verifica-se a total reprovabilidade de sua conduta, na medida em que o crime praticado, além de hediondo, atinge população inocente, na maioria das vezes crianças e adolescentes em formação, de forma a desestruturar lares e famílias inteiras, sem saber como lidar com a drogadição dos filhos. Como **motivo** do crime, apenas se pode vislumbrar a ganância que moveu o agente em sua conduta altamente reprovável, violadora dos mais mezinhos sentimentos de humanidade e justiça, que objetivou obter dinheiro fácil, em detrimento do trabalho. Ressalte-se, ademais, que as **consequências** do crime, para os usuários e seus familiares é evidente, tratando-se atualmente de um verdadeiro "câncer" em nossa sociedade e de difícil combate pelas autoridades públicas. No tocante à **natureza** e à **quantidade** do entorpecente (artigo 42 da Lei nº 11.343/06), verifica-se que **a reprimenda deve ser exacerbada, posto que, consoante comprovado nos autos, o réu se dedicava à venda de maconha, cocaína e crack, substâncias entorpecentes, estas últimas, de maior nocividade quando comparadas com a maconha, por exemplo**. Afinal, traficar maconha não é a mesma coisa que traficar cocaína ou crack. Ora, a natureza das drogas é completamente diferente e, por isso, sua disseminação entre a população traz diferentes consequências.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...].

Dessa forma, é incontestado, que a traficância de substâncias com maior potencial lesivo, como a cocaína, o crack, a heroína e as drogas sintéticas, devam ser mais severamente reprimidos do que a comercialização da maconha, eis que as consequências impostas à saúde da população atingida são diferentes. No tocante ao crack, mais agravada é a situação, posto que seu consumo está vinculado a uma série interminável de outros delitos, muitos dos quais com violência contra a pessoa, dado o grau de vício que atinge, sendo, portanto, circunstância que justifica a **fixação da pena-base acima do mínimo legal**. Ademais, é de se ressaltar que **a quantidade de droga apreendida (43 (quarenta e três) eppendorfs contendo cocaína, sob a forma de pó, 66 (sessenta e seis) pedras de cocaína, sob a forma de crack, e 24 (vinte e quatro) tabletes de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como maconha) justifica, por si só, a exacerbação da pena base**, já que em montante por demais elevado para a traficância convencional. Desta forma, à vista da argumentação acima expendida e observados os elementos constantes dos autos, fixo a pena-base 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, isto é, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Na **segunda fase**, não vislumbro a presença de qualquer circunstância agravante a ser considerada, porém há a incidência da circunstância, atenuante consistente na **MENORIDADE RELATIVA**, motivo pelo qual **reduzo a pena anteriormente aplicada ao patamar mínimo**, isto é, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na **terceira fase**, ainda, inexistem causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas, inclusive a causa de diminuição prevista no **§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06**, posto que, embora seja o acusado primário, inexistem nos autos demonstração inequívoca de que a mesma tenha ocupação lícita e não se dedique às atividades delituosas, mormente se considerada a **elevadíssima quantidade de drogas apreendidas em seu poder (43 (quarenta e três) eppendorfs contendo cocaína, sob a forma de pó 66 (sessenta e seis) pedras de cocaína, sob a forma de crack, e 24 (vinte e quatro) tabletes de Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como maconha), cujo valor de mercado é mais de R\$ 1,330.00 (um mil e trezentos reais)**. Donde se chega à conclusão de que **o acusado se encontre intimamente envolvido com a traficância, de modo a afastar, por óbvio, a aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06**.

[...]

Portanto, tenho que a pena do acusado é fixada, definitivamente, em **05 (cinco) anos de reclusão** e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Destaco que deixo de efetuar a substituição de referida pena, nos termos do artigo 44, ou a suspensão da pena, nos termos do artigo 77, ambos do Código Penal, porque entendo que tais institutos sejam incompatíveis com a pena ora fixada para o crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, por expressa previsão legal. Prosseguindo, entendo que o **regime** mais adequado ao cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda corporal para o crime de tráfico de drogas seja o **fechado**, não se podendo falar, ainda, em **substituição da pena privativa de liberdade**, por restritivas de direitos, em casos como o trazido a julgamento, relativamente ao **crime equiparado a hediondo**, de tráfico ilícito de entorpecentes.

[...]

Portanto, no caso dos autos, em obediência ao princípio da individualização da pena, entendo não haver outro regime adequado ao início de cumprimento da reprimenda corporal que não o **REGIME INICIAL FECHADO**, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea a, do Código Penal. Pelos mesmos motivos já alinhavados, **entendo não ser o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por entender que a substituição pretendida não é suficiente e eficaz à repressão do delito cometido, nos termos do inciso III do mencionado artigo. Entendo, ainda, inaplicável, pela mesma razão, a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal. [...] (fls. 15/28).

O Tribunal de Justiça Estadual, atento à ampla devolutividade do recurso de apelação e sem agravar a situação do réu, manteve a condenação imposta na sentença e o regime prisional fechado, readequando, em parte, a fundamentação na dosimetria da pena. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão:

[...]

A reprimenda não merece qualquer reparo.

Prescindíveis maiores elucubrações acerca dos fundamentos que justificaram a elevação da pena-base em 1/3, tendo em vista que, na segunda etapa, a atenuante da menoridade relativa acarretou a redução da pena ao piso legal.

Correta a **não aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06**, porque demonstrado que o acusado se dedicava às atividades criminosas.

Tal fato se extrai das **circunstâncias que envolveram a prática do delito, tendo em vista que foram apreendidas 03 variedades de drogas, totalizando cerca de 133 porções, e mormente porque o acusado admitiu que traficava no local há alguns meses (note-se que somente no dia da prisão, ele conseguiu escapar de duas abordagens)**. Decerto, ademais, que o acusado não comprovou ter condições financeiras de ter adquirido lícitamente tais drogas, de considerável valor econômico. Donde se conclui que o réu praticava o espúrio comércio não de forma isolada, mas como meio de vida.

[...]

Incabível a modificação do regime inicial.

Cuida-se de crime que impulsiona a prática de uma verdadeira cadeia delitiva, assolando a sociedade como um câncer, de maneira que o regime prisional mais gravoso se mostra recomendável e o único suficiente para a prevenção e repressão do delito, sobretudo no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*presente caso em que houve a apreensão de **grande quantidade e de três variedades de entorpecentes, dentre eles o crack, estupefaciente altamente nocivo.** [...] (fls. 36/37).*

A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, tendo em vista as circunstâncias do delito, a confissão do réu de que vinha praticando a traficância há meses, bem como a natureza, a variedade e a quantidade das drogas apreendidas.

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a quantidade e a variedade das drogas apreendidas pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O magistrado sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar o regime estabelecido em primeira instância. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Na espécie, não há falar em reformatio in pejus, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da variedade e quantidade da substância entorpecente apreendida - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções. - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 351.276/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

Ademais, a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENALIDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENALIDADE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENALIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

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 da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína -, 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 e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016).

Noutro ponto, a tese defensiva de que as mesmas circunstâncias - quantidade e natureza das drogas - foram utilizadas tanto para exasperar a pena base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, não merece prosperar.

De fato, na hipótese, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pelas instâncias ordinárias na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal.

Com efeito, o Tribunal de origem, readequando a fundamentação, deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em razão da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas às **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o intenso envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, considerando que, somente no dia da prisão, conseguiu escapar de duas abordagens e admitiu que traficava no local há alguns meses.

Ademais, entendo que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

*[...] 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** [...] (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).*

*[...] 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***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).

[...] Não há bis in idem se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, deixou de ser aplicada por integrar o Condenado organização criminosa. Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...]. (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, bem como os Enunciados n.718 e 719 da Súmula do STF.

Na hipótese dos autos, a quantidade de droga apreendida – ***(43 (quarenta e três) eppendorfs contendo cocaína, sob a forma de pó 66 (sessenta e seis) pedras de cocaína, sob a forma de crack, e 24 (vinte e quatro) tabletes de Cannabis Sativa L. vulgarmente conhecida como maconha)*** – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a presença de circunstância judicial desfavorável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impõe o regime prisional mais gravoso, em decorrência da disposição contida no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO 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. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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 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 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso 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 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, resta prejudicado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que a pena aplicada supera o limite estabelecido objetivamente pelo art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0154723-4

HC 328.587 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00785047920148260050 785047920148260050

EM MESA

JULGADO: 16/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WELLINGTON WESLEY PEDRO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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