



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.930 - RS (2016/0240469-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : UILSON LUIZ EIFLER PORTO JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. *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.

- Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão das circunstâncias do delito, inclusive quanto à quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente a atividade criminosa, que restou evidenciada pelas circunstâncias do delito, como a quantidade e nocividade da droga apreendida (2kg de maconha e 400g de *crack*).

- Como é cediço, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Contudo, no caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal com base na natureza e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos, o regime mais gravoso que a pena comporta está devidamente motivado.
- Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal.
- *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), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.930 - RS (2016/0240469-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : UILSON LUIZ EIFLER PORTO JUNIOR

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de UILSON LUIZ EIFLER PORTO JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 0135862-74.2016.8.21.7000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (e-STJ fls. 617/672).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, apenas para reduzir a pena pecuniária para 550 dias-multa, consoante acórdão acostado às e-STJ fls. 793/837.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que estabeleceu a pena-base acima do mínimo legal de forma desproporcional e sem fundamentação adequada, com lastro na análise desfavorável de apenas dois vetores do art. 59 do CP, quais sejam, a culpabilidade e as circunstâncias do crime.

Aduz, ainda, que as instâncias originárias não aplicaram o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, embora cumpridos os requisitos legais. Alega que a negativa de reconhecimento do privilégio, com lastro na quantidade/variedade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entorpecentes apreendidos, impôs constrangimento ilegal ao paciente, ante a ocorrência do vedado *bis in idem*, pois tais elementos também serviram para fundamentar a fixação da pena basilar acima do mínimo legal. Além disso, reitera que processos em curso não servem para fundamentar o afastamento da causa de diminuição em comento, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Sustenta, portanto, que o acusado faz jus ao redutor em tela em sua fração máxima e, em consequência do redimensionamento da pena, também defende a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede o redimensionamento da pena do paciente e, em decorrência da nova pena aplicada, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 984/986.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 994/1009, pelo concessão parcial da ordem.

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/06). CONDENAÇÃO À PENA DE 05 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. REFORMA PELO TRIBUNAL ESTADUAL, QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, ABRANDANDO A PENA PECUNIÁRIA AO PATAMAR DE 550 DIAS-MULTA E MANTENDO, NO MAIS, A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. DESCABIMENTO. DOSIMETRIA ADEQUADA E MOTIVADAMENTE ESTIPULADA, LEVANDO EM CONTA OS COMANDOS DOS ARTS. 59 DO CP E 42 DA LEI DE DROGAS, HAJA VISTA A NATUREZA, A DIVERSIDADE E A QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART 33, §4º, DA LEI 11.343/06, SOB ALEGATIVA DE FAZER JUS O PACIENTE À BENESSE ALI PREVISTA. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DA INFRAÇÃO PENAL REVELADORAS DA DEDICAÇÃO DO RÉU À TRAFICÂNCIA. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. INJUSTIFICADA FIXAÇÃO DO REGIME CARCERÁRIO MAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEVERO, TÃO SOMENTE, À CONTA DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719, AMBAS DO STF, E 440 DO STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE TAMBÉM CARECE DE APRECIÇÃO PELA CORTE A QUO. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELA CONCESSÃO PARCIAL DO PRESENTE MANDAMUS. PARA QUE, CASSANDO-SE O ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL, SEJA REAVALIADO O REGIME CARCERÁRIO INICIAL IMPOSTO AO PACIENTE, BEM COMO A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA, NOS MOLDES DO ART. 44 DO CP.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.930 - RS (2016/0240469-8)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente habeas corpus substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fixação do regime inicial fechado e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 constitua elemento de de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

No caso, o Tribunal local manteve a pena-base em 6 anos reclusão. Na segunda fase, tendo em vista a atenuante da menoridade a pena foi para o patamar de 5 anos e 6 meses, restando a pena definitiva nesse patamar de reclusão, pois ausentes causas de aumento e de diminuição da pena. Por oportuno, transcrevo a fundamentação do *decisum* (fls. 835/836):

Réu UILSON LUIZ EIFLER PORTO JÚNIOR:

O Juízo de 1º Grau fixou a pena-base 01 (um) ano acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão, considerando desfavoráveis a culpabilidade, e as circunstâncias, incluídas nestas a variedade e quantidade da droga e ainda o fato de o crime ter sido cometido em concurso de agentes.

Embora entenda que no caso concreto a reprovabilidade social do fato concreto não se apresenta acima da comum à espécie delitiva, não havendo circunstância que se mostre fora do habitual para valorar negativamente a culpabilidade, as circunstâncias, consideradas aqui, com base no disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza da droga - aproximadamente 2 kg de maconha e 400 gramas de crack sabendo-se que o crack é um dos entorpecentes mais prejudiciais à saúde pública, dotado de alto potencial de vício, certamente justificam o aumentoda basilar como feito na sentença, devendo ser mantida, portanto, a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão.

Na segunda etapa, mantida a aplicação da atenuante da menoridade em 06 (seis) meses, observada a proporcionalidade e a razoabilidade, a pena provisória permanece em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, como foi posto na sentença.

Na terceira fase, ao contrário do que consta nas razões recursais, não há falar em aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Ocorre que foi apreendida grande quantidade e duas variedades de drogas, inclusive crack, que, como se viu, é uma das drogas mais prejudiciais à saúde pública, não sendo caso de aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minorante, a qual deve ser reservada a alguém que não se dedica às atividades ilícitas, não sendo caso de UILSON, pois alguém que está começando a atividade da narcotraficância ou que não se dedica às atividades criminosas não o faz transportando uma quantidade tão grande e duas variedades de drogas, sendo indubitoso que o réu se dedica às atividades criminosas, o que se observa, também, pelo teor da certidão de antecedentes de UILSON, na qual constam outros processos com denúncia recebida, também por tráfico de drogas, por formação de quadrilha, por furto qualificado, o que, somado aos outros fatores acima mencionados conduz à conclusão de que não preenche os requisitos para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Pela leitura do acórdão recorrido acima transcrito, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e nocividade das drogas apreendidas (2kg de maconha e 400g de crack), fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

Por outro lado, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade e nocividade da droga apreendida, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, além da existência de ações penais em curso.

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 elemento de convicção de que o paciente se dedica a atividades criminosas.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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.

Em relação ao argumento de que "processos em curso não servem para fundamentar o afastamento da causa de diminuição em comento, em respeito ao princípio da presunção de inocência", cabe mencionar que esse raciocínio é verdadeiro quando os processos em curso, por si só, são utilizados para afastar a redutora.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. AFASTAMENTO COM BASE APENAS NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

2. O simples fato de o acusado responder a outras ações penais, por si só, não conduz à conclusão de que se dedique a atividades criminosas, sendo inidôneo tal fundamento para, de forma isolada, obstar a aplicação do redutor previsto no § 4 do art. 33 da Lei 11.343/2006, sobretudo pelo fato de o paciente ter sido apreendido com pequena quantidade de droga.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime semiaberto.

(HC 359.760/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016)

Contudo, esse não é o caso dos autos, porquanto como se verificou, a quantidade de drogas também foi utilizada para demonstrar que o paciente se dedicava às atividades criminosas.

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, bem como na não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ademais, também não há se falar em desproporcionalidade no *quantum* de aumento da pena-base, tendo em vista a quantidade considerável dos entorpecentes apreendidos.

Em relação ao regime, como é cediço, 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 até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal com base na natureza e expressiva quantidade dos entorpecentes apreendidos, o regime mais gravoso que a pena comporta está devidamente motivado.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE (108 PAPELOTES DE COCAÍNA E 92 TROUXINHAS DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE OS PACIENTES SE DEDICAVAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

5. A quantidade, variedade e natureza da droga apreendida - 108 papелotes de cocaína e 92 trouxinhas de maconha - (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstram a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

6. É incabível a substituição de pena privativa de liberdade superior a 4 anos por restritivas de direitos, nos termos do art. 44,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I, do CP.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 338.923/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016)

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo do art. 44, inciso I, do Código Penal.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0240469-8

HC 370.930 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00048935720158210031 01358627420168217000 03121500024656 1358627420168217000
3121500024656 48935720158210031 70069256683

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: UILSON LUIZ EIFLER PORTO JUNIOR
CORRÉU	: ANDRE DE FREITAS DA SILVA
CORRÉU	: JADERSON GOMES DE ALMEIDA

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.