



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.438 - RJ (2016/0297031-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JESSICA REGINA DA SILVA MARQUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ALEGADA EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* NA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DA DROGA PARA AUMENTAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR. CIRCUNSTÂNCIAS QUE APONTAM DEDICAR-SE A PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. TAREFA INVIÁVEL NESTA ESTREITA VIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes apreendidos constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

– No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida – 3,950



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quilogramas de maconha –, aliada às circunstâncias nas quais a droga foi encontrada em poder da paciente, a denotar a intensidade do seu dolo e a ousadia na ação criminosa, revelando-se razoável e proporcional o aumento da pena em 2 anos.

– Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista não terem sido preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

– O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

– Entretanto, tendo as instâncias ordinárias fundamentado o não reconhecimento do tráfico privilegiado pela existência de circunstâncias concretas indicativas de que a paciente dedica-se à atividade criminosa, modificar tal entendimento requer o revolvimento fático-probatório, tarefa inviável na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

– Considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada da droga apreendida, circunstância evidenciada pelas instâncias ordinárias ao manterem o regime inicial fechado, há fundamentação concreta que recomenda a aplicação do regime inicial mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

– *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 e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.438 - RJ (2016/0297031-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JESSICA REGINA DA SILVA MARQUES (PRESO)

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 JESSICA REGINA DA SILVA MARQUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação n. 0002565-77.2015.8.19.0204.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 700 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (fls. 34/43).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido pelo Tribunal *a quo* (fls. 69/78).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: a exasperação da pena-base acima do mínimo legal ocorreu por fundamentação inidônea, porquanto baseada na quantidade de droga apreendida; há violação ao princípio do *ne bis in idem* quando se utiliza a quantidade de drogas apreendidas para majorar a pena-base e afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; a paciente faz *jus* ao regime inicial mais brando, nos termos do art. 33 do CP, e ao benefício da substituição da pena, na forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a pena aplicada à paciente, fixado regime inicial mais brando e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 83/84).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração (fls. 104/113).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 378.438 - RJ (2016/0297031-0)

VOTO

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

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

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

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

Busca-se, na presente impetração, a realização de nova dosimetria de pena, com a fixação da pena-base no mínimo legal; a aplicação da causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito, nos termos do art. 44, do Código Penal; e o estabelecimento de regime prisional menos gravoso.

Insurge-se a impetrante, inicialmente, contra o aumento da pena-base, ao argumento de que não foram apresentados fundamentos idôneos para o agravamento da sanção.

Na fixação da pena-base, destaco a fundamentação utilizada pelo Juízo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1º Grau (fl. 41):

Em atenção às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, passo a analisar a conduta social da ré, as circunstâncias judiciais, avaliando com isso a personalidade, os motivos, a intensidade do dolo e as demais circunstâncias do crime.

*No caso em tela, apesar da ré ser primária e de bons antecedentes, a pena deverá posicionar-se bem acima do mínimo legal, **diante da grande quantidade de droga apreendida em poder da acusada 3,95kg (três quilogramas e novecentos e noventa e cinco gramas)**. Tal quantidade, considerando, ainda, as circunstâncias do crime, já que a mesma seria comercializada na Zona Oeste, não pode deixar de ser considerada por esta Magistrada. E ainda, personalidade da ré impõe a majoração da pena base, já que logo após ter sido deferida a prisão domiciliar foi às redes sociais se utilizar de tal benefício em detrimento da Justiça, acreditando na impunidade de seus atos.*

Cabe ressaltar, ainda, as circunstâncias do crime e intensidade do dolo, já que assim agiu na tentativa de, em conjunto com um conhecido traficante de drogas, se esquivar do cerco policial que era realizado através de uma Blitz de rotina da Polícia Militar, sabedora de que seu namorado não poderia ser alcançado pelos policiais já que possuía passagem anterior por pelos delitos de tráfico e associação.

Dessa forma, pelos motivos acima narrados, fixo a PENA-BASE acima do seu mínimo legal, ou seja, em 7 (sete) ANOS DE RECLUSÃO e 700 (setecentos) DIAS MULTA pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

Como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento a que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

No caso, entendo que não há qualquer alteração a ser feita na pena-base da ora paciente.

Isso porque, como enfatizado na sentença, em razão da grande quantidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de drogas apreendidas, há circunstância apta a justificar o recrudesimento da pena-base, que obedece à discricionariedade motivada do julgador. Ademais, não se pode perder de vista o determinado pelo art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual:

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.

No mesmo sentido, confira-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

3. No caso, a pena-base foi exasperada em razão da quantidade e natureza das drogas apreendidas, bem como nas circunstâncias do crime. A justificativa se mostra idônea para o aumento realizado.

4. Em relação ao argumento de desproporcionalidade, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 364.907/MG, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. A individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

3. Não se mostra desarrazoado o aumento da pena-base em dois anos de reclusão com fundamento na quantidade de droga apreendida - 7 tabletes de maconha, com peso de 11,900g e 3 porções da mesma substância entorpecente, com peso de 1.273,900g -, sobretudo quando tal circunstância foi elencada legalmente como preponderante e as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime de tráfico de drogas são de 5 a 15 anos de reclusão (art. 59 do CP c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006). Precedentes.

4. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos de reclusão, o regime inicial fechado (mais grave segundo o quantum da sanção aplicada) é o adequado para prevenção e reprovação do delito, tendo em vista a reincidência do paciente e a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, "a", do CP. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 323.340/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RACIONALIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUALIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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.

2. O legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado. Desse modo, as circunstâncias do caso concreto, conjugadas com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nortearão o sentenciante na escolha do patamar de aumento de cada circunstância judicial negativa.

3. Na espécie, o Tribunal de Justiça, respeitando os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como aos pormenores da situação em desfile, aumentou a reprimenda básica em 1/6 (um sexto), destacando a variedade e a natureza das substâncias entorpecentes apreendidas em poder do sentenciado - 33,5g (trinta e três gramas e cinco decigramas) de cocaína, 82,3g (oitenta e dois gramas e três decigramas) de maconha e 44,3g (quarenta e quatro gramas e três decigramas) de crack.

4. Desse modo, tratando-se de circunstância preponderante, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não há teratologia no cálculo da reprimenda a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 375.769/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/06. PREPONDERÂNCIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME SEMIABERTO. ANÁLISE DO ART. 33, §2º, B, E §3º DO CP. INCOMPATIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 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 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.

III - No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram de maneira adequada o aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria, considerando como preponderante o art. 42 da Lei 11.343/06 sobre as circunstâncias judiciais, em razão da natureza e quantidade de droga apreendida - 580g (quinhentos e oitenta gramas) de cocaína, e aproximadamente 40g (quarenta gramas) da substância conhecida como maconha (precedentes).

IV - O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 - com redação dada pela Lei nº 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.

V - In casu, o paciente, apesar de primário, não teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, - tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal -, tendo sido condenado, ao final, após a redução de 1/6, à pena de 8 (oito) anos de reclusão.

VI - Condenação à pena definitiva de 8 (oito) anos de reclusão, em que fixada a pena-base acima do mínimo legal - porquanto considerada a quantidade de drogas, nos moldes do art. 42 da Lei 11.343/06 -, justifica, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, a imposição do regime inicial fechado (precedentes).

VII - A condenação pelo crime de associação para o tráfico foi fundamentada em elementos constantes dos autos, mormente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

partir da prova testemunhal colacionada. Concluir pela absolvição do delito de associação não se coaduna com os estreitos limites do mandamus, já que o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano, o que ocorreu na hipótese (precedente).

VIII - No caso vertente, aplicou-se o redutor previsto no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 na fração de 1/6, a despeito da condenação em concurso material com o crime de associação para o tráfico, o que, na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite. Dessarte, revela-se destituído de fundamento o pleito de redução em patamar maior do que o fixado em primeiro grau. Habeas corpus não conhecido (HC 275.376/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 24/09/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/5 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

3. Caso em que a exasperação da pena-base em 2/5 acima do mínimo legal (7 anos), em virtude da quantidade e da natureza das drogas apreendidas (45 tubos plásticos contendo cocaína, 82 tubos plásticos contendo crack e 91 papélotes de maconha), não se mostra desproporcional ou desarrazoada, porquanto fundamentada a fração em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.

4. A legislação penal pátria não determina percentuais mínimo e máximo de aumento de pena em razão da incidência de circunstâncias agravantes, cabendo às instâncias ordinárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequar o percentual dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

5. *Hipótese em que o aumento da pena, na segunda fase, em 1/5, pela agravante da reincidência específica, não se mostra desproporcional diante da situação retratada nos autos.*

6. *Writ não conhecido* (HC 328.280/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 29/10/2015).

Ademais, ressaltou o Juízo de 1º grau a acentuada intensidade do dolo da paciente – ao tentar se esquivar do cerco policial organizado para apreender a droga, mesmo estando de posse de tamanha quantidade de droga, denotando a ousadia na ação e a crença na impunidade de seus atos –, fundamentos idôneos à exasperação da pena-base.

Alega-se, ainda, ocorrência de eventual *bis in idem*, pois, segundo a defesa, o critério quantidade da droga teria sido considerado tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria da pena.

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, constata-se que é indevida, sob pena de *bis in idem*, a valoração negativa das circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas cumulativamente na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, as instâncias ordinárias, ao fixarem a pena, consignaram que:

No caso em tela, deve ser reconhecida a impossibilidade de aplicação da mencionada causa de diminuição da pena.

Apesar de a acusada ser primária e de bons antecedentes, restou comprovado nos autos que a ré transportava GRANDE quantidade de drogas, certamente com alto valor no mercado, já que seria vendida na Barra da Tijuca e no Recreio dos Bandeirantes (3, 95KG - três quilogramas e novecentos e cinquenta gramas), bairros de classe média alta do Município do Estado do Rio de Janeiro, com preço bem superior ao vendido nas comunidades. Tal fato induz a certeza de que a mesma se dedicava a atividade criminosa, senão não teria em seu poder tamanha quantidade de droga, com clientela certa e seletiva.

E ainda, o fato de ter mencionado no Facebook (fls.133/134) : " Pra quem achou que eu ia fica 20 anos, não fiquei nem 3 meses..#BeifinhoNoOmbroRecalcadas #AceiraQueDoiMenos.." demonstra seu reconhecimento de que as pessoas tinham ciência de sua dedicação a atividade criminosa, senão, por que achariam que ela ficaria presa 20 anos?

Esta Magistrada consultou o nome do namorado PHILIPPE MUREB HAUBRICHS declarado pela acusada em sede Policial e verificou através das notícias de que o mesmo é um antigo e conhecido traficante de drogas, abastecedor de toda a Zona Oeste, já tendo sido inclusive condenado pelos delitos previstos nos art. 33 e art. 35 da Lei no.11.343/06, senão vejamos alguns links de notícias:

1) <http://stilusbrasii.com.br/jurisprudencia/23841973/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agro-no-hc-265476-rj-2013-0053670-5-4/relatorio-e-voto-23841975> (577 , Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO D077/PR), Data de Julgamento: 18/06/2013, T5- QUINTA TURMA)

2) "Philippe Mureb Haubrichs, de 27 anos, atendia usuários de drogas na Barra da Muna e no Recreio. Ele distribuía cartões de visita oferecendo serviço de entrega de drogas e foi flagrado na porta do condomínio onde mora. Vela a reportagem" <http://Videos.r7.com/4ovem-de-classe-media-alta-e-presos-por-trafego-de-drogas-no-rio/Idmedla/4elae21092bb2d6la6383cbd.html>

3) <http://oglobo.globo.com/r/o/homem-presos-com-melo-quillo-de-cocalna-pura-no-recreio-dos-bandeirantes-2717490> Ceta mais sobre esse assunto em O 1996 - 2015. Todos direitos reservados a Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Este material não pode ser publicado, transmitido por broadcast, reescrito ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

redistribuído sem autorização.

RIO - O nome dele não é Johnny, mas era por este apelido que os clientes chamavam Philippe Mureb Haubnchs, de 27 anos, na hora de comprar drogas. Acusado de fornecer principalmente para moradores da Barra e do Recreio, ele foi preso em flagrante na porta de casa, no fim da noite deste sábado, com meio quilo de cocaína pura, durante operação desencadeada pela Superintendência de Inteligência do Sistema Penitenciário. Philippe, que estava sendo monitorado por escutas autorizadas pela 21ª Promotoria de Investigação Penal do Ministério Público Estadual, foi localizado por policiais militares quando voltava da Favela Furquim Mendes, no Jardim América, onde foi comprar a droga.

Segundo os policiais, ele pagou R\$ 7 mil pela cocaína, que estava escondida sob o banco do carro do rapaz, um Hyundai /30.

Philippe estava chegando ao condomínio onde mora, na Rua Guemica 100, no Recreio, quando foi surpreendido pelos agentes. De acordo com os PMs, ele ficou calmo no momento da prisão, ainda tentou subornar os militares oferecendo pias, dinheiro e até seu carro, e só começou a ficar nervoso quando chegou à 16ª DP (Barra), onde o caso foi registrado.

Segundo os policiais, Philippe confirmou que usava o apelido numa referência ao filme "Meu nome não é Johnny", que conta a história de João Guilherme Estreita, um Jovem que nasceu numa família de classe média do Rio, mas se tomou um traficante de peso, principalmente na Zona Sul carioca. Segundo os policiais, Philippe contou na delegacia que é filho de um empresário com uma aposentada e que ele seria a "ovelha negra" da família. Ele seria responsável por um sistema de "droga deliver, que funcionava sem parar. Por volta das 2h de domingo, na delegacia, os celulares apreendidos com ele não paravam de tocar. Eram clientes atrás de drogas, fazendo pedidos de até R\$ 100. A encomenda, geralmente, era entregue em casa.

Segundo um dos PMs que participou da prisão, Philippe tinha um rendimento alto com a venda de droga, que seria sua única atividade. O valor arrecadado por ele, no entanto, não foi informado para não atrapalhar as Investigações, que ainda estão em andamento. Além do acusado, os policiais levaram para a delegacia Alexandra Silva do Nascimento Cavalcand, de 34 anos, que estava num carro Agite, logo atrás de Philippe. Os dois seriam namorados e ela teria ido com ele até a Furquim Mendes. A mala do veículo de Alexandra estava carregada de roupas e bolsas supostamente pirateadas. O material será analisado.

Durante a madrugada, os policiais civis não souberam informar se ela seria liberada depois de prestar depoimento.

Com os dois foram encontrados 22 cartões de banco e de lojas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

departamento, sendo que alguns estavam em nome de terceiros e podem ser cionados. Os policiais também apreenderam R\$ 968, uma nota de dólar e uma de euro, além de cordões de ouro, um relógio e dois celulares.

Philippe, que confessou lá ter sido preso uma vez por uso de drogas, não estava armado nem resistiu à prisão.

Não restam dúvidas, diante das notícias veiculadas nas mais diversas mídias, que a acusada e seu namorado, se dedicavam a prática de atividade criminosa, fato que afasta a aplicação de tal causa de diminuição de pena (sentença - fls. 39/40).

Em que pese a defesa pugnar pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, na fração máxima prevista em lei, não lhe está reservado sucesso também nesta pretensão.

Com efeito, a causa de diminuição em comento adveio da necessidade de se apenar de forma menos severa aqueles que se iniciam na vida do crime. A flexibilização, antes inexistente, concede ao magistrado a possibilidade de dosar a pena do agente à luz do caso concreto com vistas à individualização da pena.

Na hipótese de que se trata, restou comprovado que a recorrente não agia de modo individual e ocasional, pois se dedicava à atividade criminosa na região, ante a quantidade de droga apreendida. Ademais, a apelante confessou que ela e o namorado se dirigiam para a Barra da Tijuca e Recreio dos Bandeirantes para praticarem o vil comércio.

Ressalte-se que o namorado da ré, Philippe Mureb, é um antigo e conhecido traficante de drogas, abastecedor de toda a Zona Oeste, que possui condenação por delito idêntico ao apurado nos presentes autos.

Esses fatos deixam transparecer maior envolvimento com o tráfico do que teria uma simples traficante eventual, motivo pelo qual deve ser afastada a possibilidade de aplicação da referida causa de diminuição de pena (acórdão - fls. 76/77).

De fato, verifica-se que a quantidade não foi utilizada para mensurar a fração de redução da pena, entre um sexto a dois terços, nos termos do previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Com efeito, as instâncias ordinárias, ao analisarem as circunstâncias fáticas dos autos, em razão da grande quantidade de drogas, aliada às demais circunstâncias do caso concreto, entenderam que não restou configurada a eventualidade da conduta, mas, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário, a *dedicação às atividades criminosas*, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Não há, assim, o alegado *bis in idem* sustentado pela defesa, conforme indica o seguinte precedente, perfeitamente aplicável ao caso dos autos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. 2.481,600kg (DOIS MIL, QUATROCENTOS E OITENTA E UM QUILOS E SEISCENTOS GRAMAS) DE MACONHA. ALEGADA CONDENAÇÃO COM LASTRO EM PROVAS INDICIÁRIAS. ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA AUSÊNCIA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO. TESE DE QUE A QUANTIDADE DE DROGA E A CONDIÇÃO DE MULA NÃO IMPLICAM ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E, PORTANTO, NÃO IMPEDEM O REDUTOR. IMPROCEDÊNCIA. TESE DE BIS IN IDEM DECORRENTE DO USO DA QUANTIDADE DE DROGA TANTO PARA ELEVAR A PENA-BASE QUANTO PARA NEGAR O REDUTOR. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE A ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO IMPLICA FORTE INDÍCIO DE AUSÊNCIA DE ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPROCEDÊNCIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O óbice da ausência de pré-questionamento deve ser mantido porque, de fato, não há, no acórdão estadual, menção alguma à alegada condenação com lastro em provas indiciárias, o que impossibilita, de modo absoluto, o conhecimento da tese por esta Corte.
2. A qualidade de mula, para a jurisprudência desta Casa Superior de Justiça, não exclui a hipótese de envolvimento com organização criminosa, pelo contrário, faz pressupô-la.
3. Ademais, a vultosa quantidade de droga - 2.481,600kg (dois mil, quatrocentos e oitenta e um quilos e seiscientos gramas) de maconha, bem como a forma do seu acondicionamento (em uma carga de biscoitos) - afastam, por si mesmos, qualquer ideia de ação amadora e incipiente, típica de agente não afeito a atividades ilícitas ou que se dedica a alguma organização criminosa.
4. De acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há *bis in idem* quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante faz do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida. Dados dos autos que indicam dedicação à atividade criminosa.

5. Sem êxito o argumento de que a absolvição do crime de associação para o tráfico traduz-se em forte indício da ausência de envolvimento do agravante com organização criminosa, uma vez que são eventos distintos e a absolvição decorreu da inexistência de prova suficiente para a condenação.

6. Por fim, a grande quantidade de droga é idônea para justificar a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo. *Precedentes.*

7. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 1023664/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017).

Ademais, modificar o entendimento de que a paciente se dedica às atividades criminosas demandaria o revolvimento fático-probatório, tarefa inviável na estreita via do *habeas corpus*. Nessa linha, destaco:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 16 PEDRAS DE CRACK. PENA FIXADA EM 3 (TRÊS) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 33, § 4º) QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PORQUANTO IMPORTARIA NO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

03. *Em habeas corpus, não pode ser conhecida pretensão consistente no reconhecimento da causa especial de redução da pena, ou do quantum (Lei n. 11.343/2006, art. 33, § 4º), se o seu exame depender exclusivamente do revolvimento do conjunto fático-probatório (HC 292.121/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015; AgRg no HC 316.636/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/03/2015).*

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão, no entanto, de ofício, para, confirmando a decisão concessiva da tutela de urgência, estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC 315.701/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador convocado do TJ/SC – Quinta turma, julgado em 25/8/2015, DJe 2/9/2015) – (grifei).

No mesmo sentido, no Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. *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 ao preceito constitucional.*

2. *A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial e a ela pertine a aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, sujeita ao exame das condições individuais do agente e da conduta em concreto praticada. Conforme exclusão nele expressa, incabível sua aplicação quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim.*

3. *A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.*

4. *Inocorrência de bis in idem.*

5. *Habeas corpus extinto sem resolução de mérito* (HC 122594/SP, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 7/10/2014).

Não configurado, assim, o alegado constrangimento ilegal na dosimetria, deve prevalecer o *quantum* de pena aplicado pelas instâncias ordinárias.

Mantida a pena aplicada à paciente, a reprimenda final ultrapassa o limite



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal para incidência do benefício previsto no art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes dolosos. Assim, tem-se como inviável o atendimento da pretensão deduzida no presente writ, conforme ilustram os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. (...) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. PENA IMPOSTA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. (...) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Mantida condenação em 5 (cinco) anos de reclusão, não há como acolher do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(...)

(HC 253.002/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. REGIME MAIS BRANDO. POSSIBILIDADE EM TESE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o paciente foi condenado a reprimenda superior a 4 anos, fora, portanto, do limite objetivo previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, apenas para que o Juízo das Execuções proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar ao paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do artigo 33 do Código Penal (HC 297.406/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime, considerando-se a pena final de 7 anos de reclusão, o que ensejou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade elevada da droga apreendida – 3,950 quilogramas de maconha –, há circunstância concreta a recomendar o regime inicial mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal, fundamento que foi, inclusive, ressaltado pela sentença (fl. 42).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENAS DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015).

Ante o exposto, uma vez não demonstrado o alegado constrangimento ilegal sustentando pela impetrante, não conheço do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0297031-0

HC 378.438 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025657720158190204 25657720158190204

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JESSICA REGINA DA SILVA MARQUES (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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.