



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.868 - MS (2014/0061047-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUAN CINTRA MARTINS

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *BIS IN IDEM*, DE QUALQUER FORMA, NÃO CONFIGURADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual o Paciente foi condenado às penas de 05 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 508 dias-multa, como incurso no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque mantinha em depósito e guardava 265.845g (duzentos e sessenta e cinco mil e oitocentos e quarenta e cinco gramas) de maconha, divididas em 248 (duzentos e quarenta e oito) tabletes.

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente integrava organização criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

5. *"Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional"* (STJ, HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

6. 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).

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, como na espécie, cabível aplicar o regime prisional mais gravoso, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.868 - MS (2014/0061047-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUAN CINTRA MARTINS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LUAN CINTRA MARTINS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, na Apelação n.º 0011263-65.2013.8.12.0001, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – 265 QUILOS DE MACONHA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – REGIME PRISIONAL MANTIDO – IMPROVIDO .

Tendo em vista que dos fatos ocorridos é visível que o agente efetivamente figurou como membro integrantes de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33, § 4º , da Lei 11.343/2006.

A apreensão de significativa quantidade de droga (265 quilos e 845 gramas de maconha) justifica a imposição do regime prisional inicial mais severo, a teor do artigo 33, § 3º, do Código Penal." (Fl. 459)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 05 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 508 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

No presente *writ*, sustenta-se que o Paciente tem direito à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, pois não integraria organização criminosa e a quantidade de droga apreendida, já considerada para aumentar a pena-base, não poderia afastar a minorante em causa, sob pena de configurar-se *bis in idem*.

Alega-se, ainda, que não se justifica o estabelecimento do regime fechado para início de cumprimento da pena, apenas em razão da existência de uma circunstância judicial desfavorável.

Requer-se, liminarmente e no mérito, a aplicação da referida causa de diminuição e a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

Indeferi o pedido liminar às fls. 472/473.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 481/501.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 507/513, opinando pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação do pedido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.868 - MS (2014/0061047-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL *A QUO* POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, APLICÁVEL SOMENTE AOS CONDENADOS POR TRÁFICO QUE SÃO PRIMÁRIOS, TÊM BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRAM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO. CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O O PACIENTE INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE SER ALTERADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*, NO QUAL NÃO SE ADMITE APROFUNDADO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. *BIS IN IDEM*, DE QUALQUER FORMA, NÃO CONFIGURADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido à hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora – em consonância com o do Supremo Tribunal Federal –, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício.

3. Hipótese na qual o Paciente foi condenado às penas de 05 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 508 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque mantinha em depósito e guardava 265.845g (duzentos e sessenta e cinco mil e oitocentos e quarenta e cinco gramas) de maconha, divididas em 248 (duzentos e quarenta e oito) tabletes.

4. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente; à minguia de qualquer uma dessas condições – como no caso, em que as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente integrava organização criminosa –, não é legítimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclamar a aplicação da minorante.

5. "Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional" (STJ, HC 149.227/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011).

6. 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).

7. O Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, como na espécie, cabível aplicar o regime prisional mais gravoso, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Preliminarmente, é mister referir que a impetração de *habeas corpus* **originário** nesta Corte, prevista no art. 105, inciso I, alínea *c*, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia.

No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea *a*, qual seja, ao *writ* impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "*habeas corpus* substitutivo de recurso especial".

Contudo, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação majoritária de que é inadequado o manejo de *habeas corpus* se há possibilidade de impugnação ao ato decisório do Tribunal *a quo* por intermédio de recurso especial – a despeito do meu posicionamento, em consonância com o do Supremo Tribunal Federal (vide RHC 118.623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 05/12/2013;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 07/08/2012; HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012, v.g.).

Desde então, passei a decidir de acordo com o entendimento majoritário da Turma que componho para – frise-se, com ressalva do meu –, não conhecer de *mandamus* impetrado em substituição a recurso especial, o que farei até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada.

Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade – o que não ocorre na espécie.

No caso, o Paciente foi condenado às penas de 05 anos e 01 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e 508 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, porque mantinha em depósito e guardava 265.845g (duzentos e sessenta e cinco mil e oitocentos e quarenta e cinco gramas) de maconha, divididas em 248 (duzentos e quarenta e oito) tabletes.

Quanto à minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, deve ser mantido hígido o entendimento das instâncias ordinárias.

A incidência da referida causa de diminuição foi afastada pelo Juiz Sentenciante sob os seguintes fundamentos:

*"[...] não se cogita de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, isso porque se trata de quantia expressiva de entorpecente, ficando evidenciado, ainda, conforme relatos das testemunhas, que a droga proveio da região de fronteira com o Paraguai, razão pela qual é imperiosa a conclusão de que **o acusado, senão diretamente, integra ou no mínimo auxilia uma organização criminosa maior.** [...]"* (Fls. 388/389, sem grifos no original.)

O Tribunal Impetrado, por sua vez, negou a aplicação da minorante nos seguintes termos:

"Tenho que LUAN não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado.

É que a referida causa de diminuição deve ser aplicada aos pequenos traficantes, uma vez que 'curial deixar anotado que tal benesse concedida pelo legislador deve ficar restrita - quando presentes todos os requisitos legais - a casos excepcionais, de menor gravidade, ou seja, pequenos traficantes, atuantes no mercado doméstico, envolvendo entorpecentes que se possam caracterizar, em princípio, como menos lesivos (TRF 3ª R.; ACR 25732; Proc. 2005.61.04.012636-4; SP; Quinta Turma; Rel. Juiz Conv. Hélio Nogueira; DJU



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14/08/2007; Pág. 502)' .

Insta salientar que LUAN, ao manter em depósito e guardar na sua residência 265 quilos e 845 gramas de maconha em sua casa funcionou como elo integrante de organização criminosa voltada à prática do narcotráfico, desenvolvendo papel essencial na prática delitiva.

[...]

Outrossim, o fato do apelante não ter antecedente apenas revela que o mesmo não se dedica a atividades criminosas.

Ressalte-se que o modus operandi demonstra sofisticação no esquema criminoso: em uma ponta da operação houve a aquisição da droga em grande quantidade e recrutamento do apelante, pessoa de baixo poder aquisitivo, para mantê-la guardada e em depósito. Certamente a maconha seria distribuída ou entregue em outra cidade, e em outra setor haveria quem a recebesse e prepara-se para o consumo.

Portanto, dos fatos ocorridos é visível que o apelante efetivamente figurou como membro integrantes de organização criminosa voltada à disseminação de drogas, inviável a aplicação do artigo 33,§ 4º , da Lei 11.343/2006." (Fls. 461/463, sem grifos no original.)

Vê-se, da leitura dos trechos acima reproduzidos, que não há ilegalidade, repita-se, a ser reparada na espécie.

Com efeito, são condições para que o Condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

Explicita-se: se não estão preenchidas todas as condições legais – como no caso, no qual as instâncias ordinárias concluíram que o Paciente integrava organização criminosa –, não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

Por oportuno, transcrevo os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE NA PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTO PREJUDICADO PELO ULTERIOR TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06, EM RAZÃO DA CONCLUSÃO SOBERANA DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE O PACIENTE PRATICAVA AO MENOS EVENTUALMENTE A TRAFICÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. [...].

2. São condições para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena prevista no § 4.º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Tais requisitos precisam ser preenchidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjuntamente; à míngua de qualquer uma dessas condições não é legítimo reclamar a aplicação da minorante.

3. As instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria fática dos autos, reconheceram que o Paciente dedicava-se ao menos eventualmente à atividade criminosa de traficar drogas. Não há como tal conclusão ser reavaliada na via processual eleita, por se tratar de remédio constitucional de rito célere e cognição sumária.

4. Na hipótese, é de prevalecer o entendimento do Tribunal a quo mormente por se tratar de condenado que foi flagrado ao portar, na Cidade de Deus/RJ - localidade cujo comércio ilegal de drogas é monopolizado pela facção criminosa Comando Vermelho -, 31 sacos de plástico contendo cocaína, fechados por grampo metálico e identificados com os dizeres "CDD 13 PÓ DE 10 CVRL" .

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 270.931/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 25/10/2013 – grifei.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DA DROGA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. [...].

2. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

3. O Tribunal de origem destacou que a significativa quantidade de drogas e a evidência de que o paciente se dedicava à atividade criminosa impede a adoção do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que exige a cumulação dos requisitos exigidos no referido dispositivo legal.

4. Diante da presença de circunstâncias desfavoráveis reconhecidas na sentença de primeiro grau, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento de pena.

5. Ordem denegada." (HC 162.212/GO, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 02/08/2010 – sem grifos no original.)

Outrossim, não é possível afastar a conclusão das instâncias ordinárias quanto à atuação do Paciente em organização criminosa, o que impescindiria de aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos – inviável na via estreita do writ.

No mesmo sentido:

"CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DA MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação, na espécie, da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, quando os agentes foram condenados pelo crime do art. 35 da Lei n.º 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente porque foi apreendida elevada quantidade de droga em poder dos acusados.

2. **Para concluir-se que os pacientes não se dedicavam a atividades ilícitas, necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório colacionado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional.**

3. *Ordem denegada.*" (HC 149.227/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJ de 21/03/2011 – grifei.)

"PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – [...] – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. [...].

2. **Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.**

3. **A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento.**

4. *Ordem parcialmente concedida, apenas para anular, nesse ponto, o acórdão prolatado pela Corte de 2º Grau, que deverá examinar, diante do caso concreto, se o benefício é ou não cabível, decidindo da maneira que melhor lhe aprouver.*" (HC 90.350/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA – Des. convocada do TJ/MG –, DJe de 14/04/2008 – grifei.)

Cabe ressaltar, ainda, *ad argumentandum*, não se constatar, no caso, a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Plenário 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.

A pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal. O aumento, no ponto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi justificado nos seguintes termos:

"[...]"

Analizando as circunstâncias judiciais verifico inicialmente que a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes também não lhe prejudicam, pois primário (pgs. 282, 307 e 308); a conduta social e a personalidade da agente serão analisadas abaixo como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias não justificam a exasperação das penas de referência, isso porque normais para o caso; e as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime.

*De outro lado, nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a natureza do entorpecente não prejudica o condenado, tendo em vista tratar-se de maconha; **a quantidade da substância entorpecentes encontrada, por sua vez, é expressiva, tratando-se de mais de 260 quilos da droga, razão pela qual deve ser anotada como circunstância negativa**; a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem, ainda, elementos suficientes para se definir a personalidade da agente.*

Assim sendo, tudo supra sopesado hei por bem fixar as penas de referência um pouco acima de seu mínimo legal, mais precisamente em 06 (seis) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mais 610 (setecentos e dez) dias-multa, fixando como parâmetro de valor da circunstância judicial desfavorável (quantidade do entorpecente) a divisão da pena média (máxima menos a mínima) pelo número de circunstâncias judiciais abstratamente cominadas pelo legislador penal; no caso da Lei 11.343/06 – nove." (Fl. 392, sem grifos no original.)

E, conforme orientação do STF, 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.

No ponto, decidiu a Suprema Corte tão somente o que se segue:

*"Caracteriza bis in idem considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. **Por outro lado, não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena.**" (Informativo STF n.º 733 – grifei.)*

Da mesmo mesmo Informativo extrai-se ainda as seguintes ponderações:

"Observou-se que, na primeira fase, dever-se-ia levar em conta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

algumas circunstâncias, preponderantes ou não, e, mais adiante, dosar-se-ia a redução com base em circunstâncias diferentes, a se evitar o bis in idem. Sem admitir essa interação entre o § 4º do art. 33 e o art. 42, ambos da Lei 11.343/2006, o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, a maior fração a todos os condenados que tivessem jus à redução, a acarretar uma uniformidade de apenamento, em flagrante violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da legalidade, da motivação e da individualização da pena. Pontuou-se que, qualquer que fosse a circunstância utilizada pelo sentenciante (não apenas a quantidade e a qualidade da droga), estar-se-ia considerando, em última análise, o art. 42 da Lei de Drogas. Ponderou-se que essa discricionariedade, juridicamente vinculada, conferida ao magistrado, de definir o momento de sopesar as circunstâncias, seria admitida na jurisprudência do STF. Asseverou-se que as circunstâncias do art. 42 da Lei 11.343/2006 poderiam ser consideradas, alternativamente, tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria. Destacou-se que esse critério, além de afastar a ocorrência de bis in idem, prestigiaria o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI). Por fim, registrou-se que aplicar qualquer fração de diminuição, diversa daquela imposta pelas instâncias ordinárias, demandaria o revolvimento de fatos e provas, inviável em sede de habeas corpus."

Vale ressaltar, ainda, que tal orientação foi reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES – repercussão geral), conforme noticiado pelo site oficial da Suprema Corte na internet:

"STF reafirma jurisprudência sobre aplicação da quantidade e natureza da droga na dosimetria"

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral do tema tratado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 666334 e, no mérito, reafirmou jurisprudência da Corte no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. A decisão majoritária foi tomada por meio de deliberação no Plenário Virtual do STF, seguindo manifestação do relator do processo, ministro Gilmar Mendes.

De acordo com os autos, o recorrente foi preso em flagrante em julho de 2008, em Manaus (AM), portando 162 g de cocaína e condenado pelo juízo de primeira instância à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e ao pagamento de 460 dias-multa pelo crime de tráfico de entorpecentes (artigo 33 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas). Ao julgar apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ-AM) manteve a sentença e, em seguida, negou a subida do recurso extraordinário ao Supremo. Contra a decisão que inadmitiu a remessa do recurso, o recorrente interpôs o agravo.

No STF, a defesa alegou desproporcionalidade na fixação da pena-base, que teria sido exacerbada “muito acima do mínimo legal apenas em virtude da quantidade e da qualidade da droga apreendida, haja vista a inexistência de qualquer outra circunstância desfavorável”. Sustentou ainda a ocorrência de bis in idem, pois a quantidade e a natureza teriam sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valoradas tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira fase, na aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 1/3.

Manifestação

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, explicou que o Plenário, na sessão realizada em 19 de dezembro do ano passado, ao julgar os Habeas Corpus (HCs) 112776 e 109193, ambos de relatoria do ministro Teori Zavascki, firmou entendimento de que, em condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, **a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.** “Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem”, destacou.

O ministro se manifestou pelo reconhecimento da repercussão da matéria e pela reafirmação da jurisprudência do Tribunal, no que foi seguido por maioria. Dessa forma, ele conheceu do agravo e deu provimento ao RE para determinar que o juízo de primeiro grau proceda a nova dosimetria da pena, observando o entendimento firmado pelo STF.

Mérito

De acordo com o artigo 323-A do Regimento Interno do STF, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também pode ser realizado por meio eletrônico." (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=264728>; acessado em 14/04/2014 – grifei)

Quanto ao regime prisional, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal – no julgamento do HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/06. Tal dispositivo impunha o regime inicial fechado para as condenações por crimes hediondos e equiparados. A partir de então, as regras do art. 33 do Código Penal passaram a ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial desses espécies delitivas.

In casu, no entanto, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA E DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE CUMPRIMENTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. *Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.*

2. *O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.*

3. *Em que pese ter sido reconhecida apenas duas circunstâncias tidas como negativas, as peculiaridades do caso em tela indicam que o acréscimo imposto ao acusado não ofendeu os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

4. *É pacífica a orientação deste Tribunal Superior no sentido que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.*

5. *Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível." (HC 157.777/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Desembargador convocado do TJ/PR), DJe de 09/04/2013.)*

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0061047-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 290.868 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00112636520138120001 112636520138120001

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: LUAN CINTRA MARTINS
CORRÉU	: LUCIANO DE MOURA CARDOSO

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.