



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.767 - SP (2017/0135476-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS NUNES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RECEPÇÃO. PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS EXASPERADA PELA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO COM BASE NA DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. QUESTÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DA QUINTA TURMA DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO RESP 1.660.470/RO. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE, SOPESADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. Não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas, que restou evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos.

3. Hipótese em que a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como elemento de convicção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para concluir que o agente faz do tráfico o seu meio de vida e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas. Ressalta-se que, a rigor, ausentes os requisitos para a incidência do benefício, não há falar em dosimetria da pena na terceira fase e, em consequência, na dupla valoração da quantidade de entorpecentes. Entendimento pacificado no âmbito da Quinta Turma, no julgamento do REsp 1.660.470/RO, ocorrido em 24/10/2017.

4. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. A valoração negativa da quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso. Precedentes.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade das drogas, sopesada na primeira fase da dosimetria, justifica o estabelecimento do regime inicial fechado.

7. Mantida a condenação em patamar superior a 4 anos de reclusão, resulta inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

8. *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), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.767 - SP (2017/0135476-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS NUNES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCAS NUNES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000669-73.2016.8.26.0590).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e multa, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, incidente a minorante constante do § 4º do mesmo artigo, além do delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, em concurso material (e-STJ fls. 8/14).

Irresignadas, as partes interpuseram apelações, sendo que o recurso da defesa foi improvido e o ministerial provido para exasperar a pena-base e afastar o privilégio no crime de tráfico, razão pela qual a pena definitiva aplicada ao paciente foi redimensionada para 6 anos de reclusão e multa, além de alterar o regime para inicial fechado e cassar a substituição da pena (e-STJ fls. 15/34). Segue a ementa do acórdão:

RECEPTAÇÃO - materialidade - prova do pressuposto, ser o bem produto de crime - res apreendida com terceiro que não autor do crime precedente - motocicleta.

RECEPTAÇÃO - autoria demonstrada - a posse do bem pelo auto de apreensão e depoimento de policiais - validade, só devendo o depoimento policial ser visto com reservas quando presente indício que a acusação visa justificar eventual abuso praticado - a apreensão da res furtiva com o acusado inverte o ônus de prova e impõe à defesa demonstrar posse de boa-fé sob pena de ter-se por provada a autoria - inteligência do art. 156 do CPP.

TIPO SUBJETIVO - veículo sem qualquer documentação indício de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ciência da ilicitude, visto que a documentação é indispensável não só para a venda, mas para o próprio uso do veículo - tentativa de fuga quando da aproximação policial e abordagem no mesmo dia do furto - impossibilidade de perquirir-se sobre conhecimento interno do agente - demonstração do dolo por meio de conjecturas e circunstâncias externas indicativas da ciência da origem ilícita.

MATERIALIDADE - auto de apreensão e laudo toxicológico que restou positivo para a presença do elemento ativo - comprovação que o material apreendido é droga maconha, cocaína e lança-perfume.

AUTORIA - depoimento policial que indica a apreensão de droga - validade - depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado - inocorrência no caso em tela.

TRÁFICO - destinação a terceiros - indícios tais como quantidade incompatível com a figura de usuário; falta de capacidade econômica para o réu possuir a droga apreendida para seu uso pessoal; apreensão de quantia em dinheiro - tipo congruente.

PENAS - receptação - reprimenda mantida no mínimo - tráfico de drogas - primeira fase - pena majorada pela quantidade de drogas - segunda fase - menoridade - pena reduzida - terceira fase - redutor - afastamento - concurso material.

REGIME - inicial fechado.

RESTRITIVA DE DIREITOS - incabível ante a quantidade de pena.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois exasperou a pena-base e afastou o redutor com base na quantidade de entorpecentes apreendidos, o que configura indevido *bis in idem*. Alega, outrossim, que o regime prisional mais gravoso para o resgate das penas foi estabelecido sem fundamentação idônea. No ponto, afirma que o paciente é primário e as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal lhe são favoráveis, razão pela qual faz jus a regime mais brando. Em consequência do pleiteado redimensionamento da pena, defende ser cabível o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade ou em regime mais brando o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a redução da pena, a alteração do regime inicial para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 37/39).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 46/74.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 78/84, opinou pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO. TRÁFICO. PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INCREMENTO. DROGA. NATUREZA E QUANTIDADE. PEQUENA MONTA. BENESSE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CABIMENTO. REDIMENSIONAMENTO. PENA FINAL. ADEQUAÇÃO. REGIME.

- Inadmissível habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso próprio.

- A quantidade das drogas apreendidas não constitui, por si só, circunstância judicial desfavorável ao paciente, vez que, inobstante a diversidade de substâncias, o quantum não extrapola o limite ínsito ao tipo penal, restando afastada, assim, a possibilidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal.

- Favoráveis as demais condições pessoais do réu, é de ser aplicado o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, de sorte que, redimensionada a pena final, seja aplicado o regime prisionais correspondente, nos termos do art. 33 do Código Penal.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 402.767 - SP (2017/0135476-1)

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 utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, de início, 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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na negativa de aplicação do privilégio no delito de tráfico de drogas, bem como no estabelecimento do regime inicial fechado para o resgate das penas. Em consequência do redimensionamento, pretende a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No caso, seguem os fundamentos exarados pelo Tribunal *a quo* para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperar a pena-base e afastar o privilégio no crime de tráfico de drogas (e-STJ fls. 28/32):

Quanto ao tráfico de drogas, na primeira fase majoro a pena em um sexto em razão da quantidade expressiva de drogas, que expõe mais a perigo o bem jurídico, fixando-a em 05 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Na dosagem da pena, observo que foi apreendida grande quantidade de entorpecente. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

Aliás, como anota GUILHERME DE SOUZA NUCCI 36 , “não é demais ressaltar que a natureza e a quantidade da substância (entendendo-se o material utilizado para o preparo da droga) ou do produto (a droga produzida de algum modo) fazem parte das circunstâncias e das consequências do crime, elementos também constantes do art. 59 do Código Penal”. E prossegue: “A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato, o que significa destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude de sua utilização”.

Assim tem entendido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Ademais, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 deve ser considerada a natureza da droga. Em face do bem jurídico protegido, aliado ao mencionado dispositivo legal, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. No caso, a droga apreendida foi cocaína, o que indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente tem grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia, sendo que pode viciar no primeiro uso.

Neste sentido, tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, de rigor o aumento.

Na segunda fase presente a menoridade reduzo a pena fixando-a em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Por fim, na terceira fase afasto o redutor. A quantidade expressiva de drogas aliada a ausência de comprovação de ocupação lícita denota que o réu se dedica a traficância, o que obsta a aplicação do redutor.

A grande quantidade de entorpecente apreendida denota que há profissionalização no tráfico de drogas, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, a grande quantidade, indicativa de profissionalização, demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas e, obsta a aplicação do redutor no presente caso.

Importante ressaltar que não há bis in idem na consideração da quantidade para elevar a pena base e, posteriormente, para obstar a aplicação do redutor.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Ademais, a mesma Corte entende ter a quantidade o condão de afastar o redutor, quando indicar profissionalização:

[...]

Portanto, fixo a pena definitiva em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Dessa forma, extrai-se que as instâncias ordinárias concluíram que a paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual, a partir do acervo fático-probatório, com apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes (100g de cocaína, 185g de maconha e um frasco de lança perfume, em frações prontas para o varejo).

No ponto, importa considerar que não ocorre *bis in idem* quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividade criminosa, a qual ficou evidenciada pelas circunstâncias da apreensão, com destaque para a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos.

Por oportuno, transcrevo a motivação que declinei em voto-vista, no julgamento do REsp 1.660.470/RO, ocorrido em 24/10/2017, após profundo debate do tema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no âmbito da Quinta Turma desta Corte, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação:

Com efeito, o caso presente prevê situação diversa da verificada no julgamento do ARE n. 666.334/AM (Tribunal Pleno, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 6/5/2014), pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral. Afinal, esse julgado envolveu a valoração da quantidade e da natureza dos entorpecentes para justificar a exasperação da pena-base e também como critério para modular a fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, considerando que o redutor já havia sido reconhecido pelas instâncias ordinárias.

A situação enfrentada nestes autos, entretanto, é diversa e não foi tratada no julgamento do referido recurso pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, conforme ressaí do exame do inteiro teor do respectivo acórdão.

No caso em exame, a natureza e a quantidade da droga apreendida, apesar de embasar a exasperação da pena-base, não foi utilizada para definir o patamar da fração redutora, mas sim como elemento de convicção para concluir que o agente faz do tráfico o seu meio de vida e, conseqüentemente, não preenche um dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, qual seja, não se dedicar a atividades criminosas. Ressalta-se que, a rigor, ausentes os requisitos para a incidência do benefício, não há falar em dosimetria da pena na terceira fase e, em consequência, na dupla valoração da natureza e quantidade das drogas.

Ademais, não é possível confundir elementares do delito, qualificadoras, circunstâncias judiciais negativas, agravantes ou majorantes com benefícios penais, ainda que este se faça presente por meio de uma causa de diminuição, como no caso.

De um lado, as circunstâncias que ensejam a configuração do delito ou o incremento da pena, seja na forma de qualificadora, circunstância judicial negativa, agravante ou majorante, jamais podem ser aplicadas em duplicidade, sob pena de restar configurado o repudiado *bis in idem*.

De outra parte, essas mesmas circunstâncias, efetivamente, podem acarretar a tipificação do delito ou o incremento da pena e, concomitantemente, impedir a incidência de determinado benefício penal, sem que isso acarrete *bis in idem*.

Entendimento em sentido contrário nos conduziria ao equívoco de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer *bis in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena e, concomitantemente, para impedir a incidência do redutor no tráfico de drogas, o que não nos parece aceitável. É preciso compreender que o legislador, em diversas oportunidades, estabelece que determinadas circunstâncias, justamente por denotar mais desvalor, são impeditivas de determinados benefícios.

Portanto, também sob esse prisma, entendo que não configura *bis in idem* a valoração da natureza e quantidade de droga na primeira fase da dosimetria e também como elemento de convicção para concluir que o agente se dedica a atividades criminosas, fator impeditivo do benefício instituído pela Lei 11.343/2006, em seu art. 33, § 4º.

É importante consignar, outrossim, que o reconhecimento de *bis in idem* nas hipóteses em que a quantidade de droga é utilizada para fixar a pena-base e revelar dedicação ao tráfico, impedindo a incidência do redutor, causaria algumas perplexidades, como a aplicação de penas iguais a situações bem diversas, umas bem mais graves que outras.

Para tanto, basta considerar, hipoteticamente, situações bem distintas, em que um agente foi flagrado com 100g de *crack*, um outro, em outra situação, com 1kg de *crack*, um terceiro com 10kg de *crack* e um quarto com 100kg de *crack*, cuja quantidade foi utilizada como elemento de convicção para concluir pela dedicação à traficância. Nesses casos, se as demais circunstâncias judiciais forem favoráveis, sempre teremos a pena-base fixada em exatos 5 anos de reclusão, embora a gravidade de cada crime, evidentemente, seja bem diversa.

Tal situação, além de revelar flagrante desproporcionalidade, evidencia descompasso com o que determina o art. 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual 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.

Dessa forma, convicto de que o tema não foi abrangido no julgamento do AREn. 666.334/AM, em regime de repercussão geral, e enquanto a questão ainda não me parece sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mantenho o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exarado em outras oportunidades, com apoio em demais julgados desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - In casu, verifica-se que a pena-base da paciente restou afastada do mínimo legal, em razão da quantidade e natureza de drogas apreendidas, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, que demonstram maior reprovabilidade da conduta e não revelam, de plano, a flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício.

III - As instâncias ordinárias afastaram a redutora, ao argumento de que o paciente se dedicava às atividades criminosas, lastreando-se na quantidade de drogas apreendidas, qual seja, 1,040 (um quilograma e quarenta gramas) de cocaína.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior é uníssona no sentido de que a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC 383.100/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 16/10/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E NA ESCOLHA DO REGIME PRISIONAL. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA RECURSO DESPROVIDO.

1. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga apreendida (um quilo de maconha).

[...]

3. *Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.690.827/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 2/10/2017).*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDAS SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. *Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.*

2. *A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, natureza e diversidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.*

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição de regime inicial mais gravoso que o quantum da pena autoriza, bem como para a vedar à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. (HC 405.667/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 4/9/2017)."

Portanto, na espécie, não há falar em *bis in idem* ou ilegalidade na negativa de aplicação do redutor.

Quanto ao regime prisional, cumpre asseverar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, do Código Penal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC n. 111.840, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe em 17/12/2013).

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados, dentre outros: HC 327.850/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/10/2015; HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015; HC 264.068/RS, HC 274.020/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 19/2/2015; e HC n. 299.797/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 2/12/2014.

No caso, o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão e multa pela prática dos crimes de tráfico de drogas e receptação, sendo fixado o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 33):

O regime fechado impõe-se. Observo que foi apreendida considerável quantidade e variedade de entorpecentes. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. No caso, a natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína) também indica maior reprovabilidade, posto que tal entorpecente possui grande capacidade de viciar, como é notório e visto em toda a mídia. Assim em face do bem jurídico protegido, aliado ao artigo 42 da Lei nº 11.343/06, quanto maior a capacidade de viciar da droga, em abstrato, maior a reprovabilidade. Quanto à receptação, observo que o bem receptado foi um veículo automotor, de alto valor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicando grande dano ao bem jurídico patrimônio. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Ademais, o valor do bem receptado é elevado e foi encontrado no mesmo dia do furto, o que denota a proximidade do acusado para com o âmbito criminoso.

Neste sentido, cita-se CESARE BECCARIA, para quem a pena para ser justa deve ter o rigor necessário para desviar o homem da senda do crime, ao afirmar que “una pena sia giusta, non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti (para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos)”.

Nesse contexto, embora o paciente seja primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e que não supera 8 anos de reclusão, a expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos – 513g de maconha –, sopesada na primeira fase da dosimetria do crime de tráfico de drogas, é circunstância idônea e suficiente para o recrudescimento do regime prisional, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Importa considerar, no ponto, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a valoração negativa da natureza e quantidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCEDÊNCIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME FECHADO COMPATÍVEL. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTIDADE DA PENA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - No caso dos autos, a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 30 porções de cocaína, com peso líquido de 45,3 g, 37 pedras de crack, com peso líquido de 13,3 g e mais 22 porções de maconha, com peso líquido de 16,9 g - justificam o afastamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

III - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 - com redação dada pela Lei n.º 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.

IV - Todavia, in casu, não se pode olvidar que a quantidade e variedade dos entorpecentes foi considerada na terceira fase da dosimetria da pena, para afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Forçoso concluir, assim, que a referida circunstância autoriza a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (precedentes).

V - Não restam cumpridos os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, diante do quantum da pena aplicada (inciso I).

Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar. (HC 338.068/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 28/4/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

2. Mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pelo Tribunal de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, em especial a quantidade e a natureza da droga apreendida - 25,5 g de cocaína - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 321.231/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 11/9/2015).

Ressalta-se, outrossim, que as penas reclusivas aplicadas aos crimes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas e receptação devem somar-se para efeito de estabelecimento do regime inicial, nos termos do art. 111 da LEP, razão pela qual, também sob tal prisma, inexiste ilegalidade no regime inicial fechado estabelecido na origem.

Por fim, mantida a pena da paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, resulta inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

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: 2017/0135476-1

HC 402.767 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006697320168260590 20170000369307 6697320168260590

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - SP227133
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS NUNES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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.