

# Superior Tribunal de Justiça

## HABEAS CORPUS Nº 547.756 - SP (2019/0352873-8)

**RELATOR** : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
**IMPETRANTE** : FLAVIO APARECIDO DE OLIVEIRA E OUTROS  
**ADVOGADOS** : NELSON EDUARDO ROSSI - SP068251  
FLAVIO APARECIDO DE OLIVEIRA - SP412206  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EDILSON RIBEIRO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. FRAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA MODULAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR. ILEGALIDADE. REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. FIXAÇÃO. CONVERSÃO DAS PENAS. INVIABILIDADE.

Ordem concedida liminarmente, em parte, nos termos do dispositivo.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Edilson Ribeiro**, apontando-se como autoridade coatora a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1500107-16.2019.8.26.0612).

Narram os autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Monte Alto/SP condenou o paciente à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 291 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas – 48 porções de cocaína (pesando 67,12 g) e 53 porções de maconha (pesando 181,83 g).

O Tribunal estadual negou provimento à apelação criminal. Eis a ementa (fl. 27):

Apelação Criminal - Tráfico Ilícito de Entorpecentes - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova - Declarações de policiais militares - Validade - Inexistência de motivos para incriminarem o réu injustamente - Pela quantidade e variedade de substâncias entorpecentes apreendidas e a forma como estavam acondicionadas, aliado à maneira como se procedeu à prisão do acusado tudo demonstra que a droga se destinava ao fornecimento para o consumo de terceiros.

Penas corretamente fixadas - Pena-base acima do mínimo legal - Reconhecida causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 -

# Superior Tribunal de Justiça

Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos - Regime fechado.

RECURSO DESPROVIDO.

Daí o presente *mandamus*, em que se sustenta que o Tribunal de origem manteve o regime fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito, assim como também vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sem a correspondente fundamentação.

Aponta-se contrariedade ao entendimento jurisprudencial do STJ e do STF, especialmente das Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. Aduz-se, ainda, *que o critério da quantidade e diversidade de drogas arrestadas não pode ser aceito para aquilatar as basilares e, ainda, afastar a incidência da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas* (fl. 6).

Requer-se, assim, a concessão liminar da ordem.

É o relatório.

A ordem merece parcial concessão, inclusive liminarmente.

De início, observa-se que as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos tanto para exasperar a pena-base quanto para modular a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, configura *bis in idem*, não podendo ser admitida. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO (CRACK). APONTADA EM MOMENTOS DISTINTOS DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA NO PATAMAR MÁXIMO. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias

# Superior Tribunal de Justiça

judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE N. 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.**

3. Nessa esteira, o entendimento desta Corte de Justiça sobre o tema é o de que a quantidade e natureza da droga não podem ser utilizadas na primeira fase do processo trifásico para aumentar a pena-base e, na terceira fase, para graduar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, cabendo ao órgão julgador, com fundamento no princípio da individualização da pena, escolher em qual etapa o critério será utilizado. Precedentes.

4. No caso dos autos, o Tribunal *a quo* incorreu em constrangimento ilegal ao indicar a natureza do entorpecente em duas etapas distintas da dosimetria, pois a natureza da droga (crack) foi considerada tanto no cálculo da pena-base como na terceira fase da dosimetria ("alto potencial lesivo e poder de dependência") como fundamento para afastar a aplicação da fração máxima prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

5. Deve-se considerar, ainda, que a quantidade de crack apreendida, ou seja, cerca de 11g (onze gramas), mostra-se reduzida, e é fundamento insuficiente para a análise desfavorável do vetor "quantidade da substância", previsto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o que configura o constrangimento ilegal apontado e autoriza o redimensionamento da pena do réu, a fim de que a redutora do tráfico privilegiado seja aplicada na sanção máxima.

6. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível, e concedeu a ordem de ofício, a fim de aplicar o redutor do tráfico privilegiado na fração máxima, reduzindo a pena cominada ao réu para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 509.796/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/10/2019)

Sendo assim, diante da pena-base fixada pela Corte local – 5 anos e 10 meses de reclusão, e 583 dias-multa – aplicado o redutor em 2/3, fixo a pena, definitivamente, em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa.**

No mais, o Tribunal de origem fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, tão somente em razão da gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas.

Todavia, o posicionamento pacífico desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do

# Superior Tribunal de Justiça

que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito. Nesse sentido, as Súmulas 718 e 719/STF.

Dessa forma, tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada acima do mínimo legal; e a definitiva, em **1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão**, deve ser estabelecido o **regime semiaberto** para o início de seu cumprimento.

Por fim, *é incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do art. 44, inc. III, do CP, devido a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável (quantidade, nocividade e variedade dos entorpecentes apreendidos)* (HC n. 499.847/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 20/5/2019).

A propósito:

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*

[...]

5. "Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012)

6. É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (*in casu*, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa.

(HC n. 362.559/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 12/9/2016).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, **concedo liminarmente** a ordem, **em parte**, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 194 dias-multa (Ação Penal n. 1500107-16.2019.8.26.0612).

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator

