



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.026 - SP (2016/0301868-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA -
SP242824
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (QUASE 8 KG DE COCAÍNA). PROCESSO EM CURSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (tráficação), ante a elevada quantidade de droga apreendida (**quase 8 Kg de cocaína**), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária (processo em curso por tráfico de drogas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

IV - Mantida a pena cominada ao paciente pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial aberto e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, 'c', e no art. 44, I, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.026 - SP (2016/0301868-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 3003596-25.2013.8.26.0344.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/06, sendo-lhe assegurado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa do paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, determinando ainda a expedição de mandado de prisão, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Apreensão de quase 8 quilos de cocaína. Sentença condenatória. Defesa requer a absolvição pela fragilidade probatória. Subsidiariamente requer o reconhecimento da figura privilegiada e a atenuação do regime prisional. Materialidade e autoria comprovadas. Traficância configurada. Réus presos em flagrante com elevada quantidade de entorpecente. Impossibilidade de aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos devido à quantidade de entorpecentes apreendidos, incompatível com traficante de pequeno porte e de envolvimento com atividade criminosa. Regime inicial fechado deve prevalecer, pela gravidade e hediondez do crime. Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos – vedação legal. Recursos não providos" (fl. 13).

No presente **writ**, o impetrante alega, em síntese, que haveria evidente constrangimento ilegal na dosimetria da pena do paciente, uma vez que o Tribunal de origem não teria apresentado fundamentação idônea para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Sustenta que a quantidade de entorpecente não impede a incidência da redutora, pois não é condição fixada para a aplicação da benesse.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz ainda que o paciente seria primário e de bons antecedentes, únicos requisitos a serem considerados para a incidência da redutora do tráfico privilegiado, pois os demais requisitos fixados no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas não serviriam para a análise do benefício.

Sustenta que *"Ao contrário dos dois primeiros requisitos, as condições 'não se dedique às atividades criminosas' e 'nem integre organização criminosa' não servirão para afastar a aplicação da nova causa de diminuição de pena" (fl. 3), pois 'A primeira porque nitidamente vazia, destituída de qualquer conteúdo útil ou prático, especialmente em função da coexistência da exigência da primariedade e da inexistência de antecedência criminal. A outra condição, relativa a 'não integrar organização criminosa', encontra-se significativamente afetada, por força da atual falta de conceituação legal de crime organizado ou de organização criminosa" (fl. 4).*

Ademais, alega que a redutora sempre deveria incidir em seu patamar máximo ante a ausência de critérios estabelecidos pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

Por fim, aduz que com a incidência da causa especial de diminuição, a pena do paciente ficaria em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, devendo ser fixado o regime inicial aberto e substituída a sanção corporal por penas restritivas de direitos.

Requer, ao final, a concessão de medida liminar para suspender o cumprimento do mandado de prisão até o julgamento do mérito do presente **writ**. No mérito, pugna pela concessão da ordem *"para aplicar o redutor do § 4º da Lei 11.343/06 em seu grau máximo dois (2/3) terços, bem como fixar o regime de início de cumprimento de pena em regime aberto e converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos" (fl. 10).*

Pedido liminar **indeferido** às fls. 36-37.

Informações prestadas às fls. 45-78.

A d. representante do Ministério Público Federal, às fls. 82-85, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.026 - SP (2016/0301868-6)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (QUASE 8 KG DE COCAÍNA). PROCESSO EM CURSO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. AFASTAMENTO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (traficância), ante a elevada quantidade de droga apreendida (**quase 8 Kg de cocaína**), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária (processo em curso por tráfico de drogas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**. Precedentes.

III - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

IV - Mantida a pena cominada ao paciente pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial aberto e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, 'c', e no art. 44, I, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o *entendimento* deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

O d. Juiz sentenciante afastou a redutora do tráfico privilegiado aduzindo que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grande quantidade de droga apreendida (**quase 8 Kg de cocaína**) demonstraria que o paciente se dedicava a atividade criminosa. Ademais, o paciente também respondia a outro processo por tráfico de entorpecentes. Destaco os seguintes trechos da r. sentença condenatória:

"Por fim, na terceira fase, incabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Isso porque, embora os réus sejam tecnicamente primários, a grande quantidade de drogas apreendidas demonstra que eles estão profundamente inseridos no mundo do crime. Aliás, os policiais ouvidos em audiência ressaltaram que há um bom tempo OSCAR, é apontado em inúmeras denúncias anônimas por seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Registre-se, ainda, que Oscar responde a outro processo por idêntico crime (fl. 100). Com relação a ISAQUE, já era conhecido da DISE e já havia sido apreendido por crime de tráfico no ano anterior, quando ainda era adolescente. Torno, assim, definitivas as penas a serem aplicadas aos réus ISAQUE ALESSANDRO DA SILVA e OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cujo valor unitário fixo no mínimo legal ante a ausência de prova das condições financeiras do acusado" (fl. 30 - grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, indeferiu a aplicação da redutora do tráfico privilegiado em razão da considerável quantidade de entorpecente apreendido, não podendo ser considerado como pequeno traficante, destinatário da benesse. Além disso, o paciente também seria conhecido do meio policial por envolvimento com atividade criminosa. Destaco os seguintes excertos do voto condutor do v. acórdão impugnado:

"Na terceira fase incabível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos haja vista a considerável quantidade de entorpecentes, o que demonstra que os Apelantes não podem ser considerados como pequenos traficantes, não satisfazendo as condições pessoais e legais para tal benefício.

Ademais, como relatado pelos policiais, ambos os Réus já eram conhecidos dos meios policiais por envolvimento com atividades criminosas" (fl. 18).

In casu, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedicava-se a atividade criminosa (traficância), ante a elevada quantidade de droga apreendida (**quase 8 Kg de cocaína**), aliada as demais circunstâncias apontadas pela instância ordinária (processo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

curso por tráfico de drogas), elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. No termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. **Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.**

(Precedentes).

7. Não há *bis in idem* quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Precedentes.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC n. 372.973/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/2/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.** Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017 - grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da 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.

[...]

4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 857.658/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 18/11/2016 - grifei).

Destaca-se que o d. Juízo de primeiro grau também afastou a redutora em razão da existência de processo em curso por tráfico de drogas, o que demonstrava a dedicação do paciente a atividades criminosas.

Com efeito, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas, nos termos do v. acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, §4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO.

I - O benefício legal previsto no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa.

II - O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente.

III - Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 IV - In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito".

Embargos de divergência providos para prevalecer o entendimento firmado no acórdão paradigma, restabelecendo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça" (EREsp n. 1.431.091/SP, **Terceira Seção**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/2/2017).

Nesse mesmo sentido o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. 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. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EM MENOR EXTENSÃO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza das substâncias entorpecentes apreendidas, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, motivos diversos, pois.

2. Consoante entendimento perfilhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. Ressalva do entendimento da Relatora.

[...]

4. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade in abstracto do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal" (HC n. 380.402/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/3/2017).

Desta forma, não há flagrante ilegalidade no afastamento da redutora do tráfico privilegiado que autorize a concessão da ordem de ofício, devendo ser mantida a condenação imposta.

Mantida a pena cominada ao paciente pelo delito de tráfico em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, restam prejudicados os pedidos de fixação de regime inicial aberto e de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 33, § 2º, 'c', e no art. 44, I, ambos do Código Penal.

Por fim, mostra-se adequado a fixação do regime inicial fechado, pois a grande quantidade e a natureza do entorpecente apreendido, circunstâncias utilizadas para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reduzora do tráfico privilegiado, justificam a imposição do regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena cominado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0301868-6

HC 379.026 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20160000469970 30035962520138260344

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA - SP242824
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO
CORRÉU	: ISaque ALESSANDRO DA SILVA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.