



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 493.865 - RJ (2019/0045963-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO : ANDRE EDUARDO HEINIG - SC0028532
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MICHEL DE SIMONE SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CONCURSO MATERIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos 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 a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a gigantesca quantidade da droga apreendida - 21 tijolos de pasta-base de cocaína (20 kg) - para fixar a sanção básica em 3 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantia da substância apreendida - 21 tijolos de pasta-base de cocaína (20 kg) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento – para 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.

6. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Estabelecida a sanção final em patamar superior a 8 anos, pelo reconhecimento do concurso material entre o delito de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo, o modo fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 30 de maio de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 493.865 - RJ (2019/0045963-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO : ANDRE EDUARDO HEINIG - SC0028532
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MICHEL DE SIMONE SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MICHEL E SIMONE SILVA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 810 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, alega o impetrante ser desproporcional a elevação da pena-base com amparo apenas na quantidade do entorpecente apreendido, sobretudo por não terem os julgadores considerado apenas a porção que estava efetivamente na posse do acusado.

Sustenta que não ficou demonstrada a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes, nem a sua ligação com grupo criminoso, de modo que a quantia do entorpecente apreendido não pode justificar o afastamento da redutora do tráfico privilegiado por configurar *bis in idem*.

Requer assim, o redimensionamento da sanção básica, bem como a exclusão da dupla valoração da quantidade do entorpecente na dosimetria penal.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 120).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 126-133).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 135-139).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 493.865 - RJ (2019/0045963-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO : ANDRE EDUARDO HEINIG - SC0028532
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MICHEL DE SIMONE SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CONCURSO MATERIAL. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Nos 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 a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a gigantesca quantidade da droga apreendida - 21 tijolos de pasta-base de cocaína (20 kg) - para fixar a sanção básica em 3 anos acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

4. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 integrem organizações criminosas.

5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantia da substância apreendida - 21 tijolos de pasta-base de cocaína (20 kg) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento – para 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.

6. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

7. Estabelecida a sanção final em patamar superior a 8 anos, pelo reconhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do concurso material entre o delito de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo, o modo fechado mostra-se adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

8. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Sob tal contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa, a fim de verificar a ocorrência de manifesta ilegalidade que autorize a concessão da ordem, de ofício.

O Tribunal de origem, ao condenar o paciente às penas de 6 anos e 6 meses de reclusão, por tráfico de drogas, e de 2 anos de reclusão, por porte ilegal de munição, procedeu da seguinte forma ao cálculo penal:

"Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, a natureza e quantidade da droga deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

O magistrado balizou para todos os réus um aumento da pena-base em 03 (três) anos pela grande quantidade - 20 quilos de pasta de cocaína – o que se mostra proporcional e bem fundamentado.

[...]

Michel igualmente teve sua pena base fixada em 8 anos, a qual foi somada à pena do delito de porte de arma.

Portanto, correta a dosimetria imposta a todos os réus.

De outro norte, não se pode pensar em tráfico privilegiado, uma vez que não estamos diante de traficantes ocasionais, restando evidente que os apelantes se dedicavam à atividade criminosa. Foram apreendidos 20 quilos de cocaína pura, o que indica que os apelantes vinham se incumbido com habitualidade a prática da mercancia ilícita" (e-STJ. fl. 116).

Inicialmente, convém destacar que a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, **ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade**, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

Adotado o sistema trifásico pelo legislador pátrio, na primeira etapa do cálculo, a pena-base será fixada conforme a análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de condenado por delitos previstos na Lei de Drogas, o art. 42 da referida norma estabelece a preponderância dos vetores referentes a quantidade e a natureza da droga, assim como a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais elencadas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, o Tribunal de origem, atento às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a elevada quantidade do entorpecente apreendida na empreitada criminosa - 21 tabletes de pasta-base de cocaína (20 kg) - para elevar a sanção inicial, do delito previsto no arts. 33, *caput*, da Lei de Drogas, em 3 anos acima do mínimo legal.

Cabe consignar que as instâncias ordinárias concluíram que a totalidade droga apreendida pertencia ao acusado e aos corréus (e-STJ, fls. 110-112), sendo certo que acolher a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão da defesa, no sentido de que o paciente não tinha ligação com o entorpecente encontrado no veículo, demandaria revolvimento fático-probatório, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

Dessa forma, tendo sido apresentados elementos idôneos para a majoração da reprimenda básica, **elencados inclusive como circunstâncias preponderantes**, e levando-se em conta as penas mínima e máxima abstratamente cominadas aos referidos delitos (5 a 15 anos), não se mostra desarrazoado o aumento operado pela instância ordinária, a autorizar a intervenção excepcional desta Corte.

Confirmam-se alguns julgados que respaldam esse entendimento:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. ARTS. 33 E 35, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena somente pode ser reexaminada no especial quando verificado, de plano, erro ou ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não ocorre nestes autos.

3. 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.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1005975/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/5/2017, DJe 17/5/2017).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA REFUTADA NA ORIGEM. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. [...] AUSÊNCIA OU AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

4. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, 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, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. No caso dos autos, a pena-base afastou-se do mínimo legal com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na quantidade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

[...]

11. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 372.028/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI N. 11.343/06. DOSIMETRIA. ELEVADA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA APREENDIDA. EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA. POSSIBILIDADE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MINORANTE DE PENA. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Sabe-se que a dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado sendo que, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto.

2. Sobre o assunto, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que nos delitos de tráfico a quantidade e a natureza da droga apreendida preponderam sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3. Verifica-se, na espécie, que o magistrado singular exasperou a pena-base com fundamento na expressiva quantidade da substância apreendida, de modo que o Tribunal local, ao concluir pela existência de fundamentação suficientemente apta a lastrear a exasperação da pena-base, alinhou-se à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema.

[...]

7. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1005371/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/4/2018, DJe 25/4/2018).

Em reação ao pleito de reconhecimento do redutor do tráfico privilegiado, não assiste razão ao impetrante.

A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas.

Como é cediço, o legislador ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida.

Na falta de parâmetros legais para se fixar o *quantum* dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017).

In casu, a Corte de origem manteve afastada a incidência da minorante por entender que há elementos suficientes que comprovam a habitualidade delitiva do paciente no tráfico de drogas, sobretudo **a expressiva quantidade da droga encontrada - 21 tijolo de pasta-base de cocaína (20 kg)**.

Portanto, assentado pela instância ordinária, soberana na análise dos fatos, que o paciente faz do comércio ilícito de entorpecentes uma atividade habitual, a modificação 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*.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME FECHADO. FUNDAMENTOS CONCRETOS.

1. O Tribunal de Justiça, ao analisar as circunstâncias dos autos - quantidade e natureza da droga, balança de precisão e certa quantia em dinheiro - afirmou que o acusado se dedicava a à atividade criminosa.

2. Esta Corte Superior tem reiteradamente decidido, em observância ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que havendo demonstração de que o paciente se dedica à atividade criminosa, mostra-se inaplicável a minorante em questão.

3. As instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta para a fixação do regime fechado (circunstância judicial negativa (consequências do crime - fl. 206), evidenciada pela apreensão de expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes (665,32 g de maconha, 9 comprimidos de ecstasy e 41 micropontos de LSD).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 382.406/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO. INÍCIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI N. 11.343/2006. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PROVIDÊNCIAS INÓCUAS. SÚMULA N. 231/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE OS PACIENTES DEDICAVAM-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. [...]

3. Concluído pela Corte de origem, com arrimo nos fatos da causa, que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, não incide a causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

[...]

Habeas corpus denegado."

(HC 385.941/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

Vale lembrar que esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes – sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

Cito a propósito os seguintes precedentes:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO *NE BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL E PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO. POSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA, VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE NÃO COMPORTA O BENEFÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- No caso, foi afastada a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, indicativas do tráfico habitual. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

- Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o *bis in idem* quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade da droga justifique a exasperação da pena-base e fundamente o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Precedentes.

- Na espécie, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar a exasperação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, sim, como um dos fatores impeditivos do seu reconhecimento, inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*. Precedentes.

[...]

- *Habeas corpus* não conhecido.”

(HC 413.337/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017).

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE 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. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade 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*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Habeas corpus não conhecido."

(HC 401.277/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 26/10/2017).

Mantido o *quantum* da sanção corporal imposta em patamar superior a 8 anos de reclusão, pelo reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 33, *caput*, 33, da Lei de Drogas e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou o semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos arts. 33, § 2º, "a", e 44, I, ambos do CP.

Diante do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0045963-4

HC 493.865 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01268520820168190001 1268520820168190001

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO	: ANDRE EDUARDO HEINIG - SC0028532
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: MICHEL DE SIMONE SILVA (PRESO)
CORRÉU	: EDVALDO ALMEIDA LIMA
CORRÉU	: JORGE MARCELO VIEIRA DE AMORIM
CORRÉU	: ROMILDO SILVEIRA DE MEDEIROS

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.