



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.203 - SC (2016/0303064-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
ADVOGADO : LINDIANA BRANCO DZIACHAN - SC032715
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FERNANDO DA SILVA VEIGA (PRESO)
PACIENTE : MARCOS AURELIO DE OLIVIERA (PRESO)
PACIENTE : PABLO PEREIRA FREITAS (PRESO)

EMENTA

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.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

– Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

– 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.

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), 07 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.203 - SC (2016/0303064-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LINDIANA BRANCO DZIACHAN
ADVOGADO : LINDIANA BRANCO DZIACHAN - SC032715
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FERNANDO DA SILVA VEIGA (PRESO)
PACIENTE : MARCOS AURELIO DE OLIVIERA (PRESO)
PACIENTE : PABLO PEREIRA FREITAS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO DA SILVA VEIGA, MARCOS AURELIO DE OLIVEIRA e PABLO PEREIRA FREITAS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0003704-54.2015.8.24.0033).

Consta dos autos que os pacientes FERNANDO E MARCOS foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 7 anos de reclusão e multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Já o paciente PABLO foi condenado a 8 anos de reclusão e multa, por ofensa aos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 e 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, todos em regime inicial semiaberto (fls. 41/59).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, cujo provimento foi negado pela Corte local (fls. 21/40), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 E ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO POR INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE DELITO. CRIME PERMANENTE. EXCEÇÃO PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

"Tratando-se o tráfico ilícito de drogas de crime permanente, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial. Precedente. (HC 267.968/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)" (Superior Tribunal de Justiça - RHC 59.441/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015).

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO, NA POSSE DOS APELANTES, DE APROXIMADAMENTE 300 (TREZENTAS) PEDRAS DE CRACK COM 35G (TRINTA E CINCO GRAMAS), 2 (DUAS) PORÇÕES DE CRACK DE 45G (QUARENTA E CINCO GRAMAS), 15KG (QUINZE QUILOGRAMAS) DE MACONHA, 17 (DEZESSETE) PORÇÕES MENORES DE MACONHA COM 615G (SEISCENTOS E QUINZE GRAMAS), 1 (UMA) BUCHA DE COCAÍNA COM 0,2G (DOIS DECIGRAMAS), RADIOCOMUNICADOR, R\$ 454,00 (QUATROCENTOS E CINQUENTA E QUATRO REAIS) EM ESPÉCIE E 13 (TREZE) MUNIÇÕES CALIBRE .40. NEXO ENTRE OS AGENTES E ENTORPECENTES EVIDENCIADO. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS MILITARES. VERSÕES DEFENSIVAS ANÊMICAS. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PEDIDO DE CONCESSÃO DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS NO GRAU MÁXIMO (2/3). INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS EVIDENCIADA. ALÉM DA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS, A VARIEDADE DAS DROGAS, RADIOCOMUNICADOR NA FREQUÊNCIA DA POLÍCIA, DINHEIRO EM ESPÉCIE E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO QUE DEMONSTRAM O PROFUNDO ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO DE DROGAS.

"Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena- base acima do mínimo em razão da quantidade elevada da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, que ficou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito." (STJ - HC 288.046/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016).

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENATÓRIO. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR AFASTADA E DESPROVIDO.

No presente *mandamus* (fls. 1/20), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal aos pacientes, pois negou a incidência do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 apenas com base na quantidade de entorpecentes, circunstância que não configura nenhuma das hipóteses legais obstativas da *benesse*. No ponto, aduz que essa circunstância também foi sopesada para exasperar a pena-base, razão pela qual a respectiva ponderação para obstar a aplicação da minorante configura indevido *bis in idem*.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, redimensionando-se as penas dos pacientes.

Pedido liminar indeferido (fls. 62/65).

Informações prestadas às fls. 73/146

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls.150/156).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.203 - SC (2016/0303064-8)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a redução das penas dos pacientes, com o reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois presentes os requisitos legais, uma vez que a quantidade de entorpecentes não configura nenhuma das hipóteses legais obstativas da *benesse*. Destaca a defesa, ainda, a ofensa ao primado do *ne bis in idem*, pois a quantidade da droga apreendida foi utilizada tanto na primeira quanto na terceira etapas da dosimetria da pena.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante desproporcionalidade.

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 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 42. 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.

Por outro lado, 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 integrem 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.

Nesse ponto, vale consignar que, 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 julgado recebeu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas fases, sob pena de *bis in idem*.

Ressalte-se que 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 e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O aumento da pena-base em 1/3, com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos e nos maus antecedentes, mostra-se razoável. A quantidade de drogas é fundamentação idônea e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP.

3. Os fundamentos utilizados pelo Magistrado sentenciante para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

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

Trata-se de hipótese diversa daquela discutida 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 348.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

No caso, o sentenciante fixou as penas dos pacientes, para o delito de tráfico de entorpecentes, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 52/ 57):

Passo, pois, à aplicação da reprimenda.

De início, antes de efetivamente realizar a dosagem da pena, entendo, por bem, sedimentar algumas premissas.

Isso porque, além dos oito vetores encartados no art. 59 do Código Penal, juntar-se-ão os dois requisitos do art. 42 da Lei especial (natureza e quantidade).

No caso dos autos, embora a associação destinada ao mister empreendido pelos réus não tenha se configurado, entendo que é impossível a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porquanto eles mantinham uma grande quantidade de entorpecentes (25 tabletes de maconha – 15 kg - aproximadamente, 17 porções menores de maconha – 612,7g, 2



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porções maiores de crack – 48,5g, 282 pequenas porções de crack – 40,9g, e 1 porção de cocaína – 0,2g), de diversa natureza, como já indicado, o que confirma não se tratar de marinheiros de primeira viagem. Além do mais, o encontro de dinheiro, munição e rádio comunicador permite concluir nesta direção.

(...)

Assim, em razão do elevado quantum do estupefaciente apreendido e da espécie (crack – de alto poder lesivo), tenho que a exasperação, a todos os réus, na primeira fase é medida de rigor.

O recrudescimento dar-se-á na fração de 1/10 para cada vetor, o qual será extraído da diminuição da pena máxima (15 anos) pela mínima (5 anos), obtendo-se o valor de 10 (dez) anos. Tal critério matemático é cunhado a fim de possibilitar uma maior fidelidade ao princípio da individualização da reprimenda, porquanto é ele que possibilitará, em caso de reconhecimento de todas as circunstâncias judiciais, o réu resgatar a sanção próxima do quantum máximo.

Reconheço a primariedade dos réus Fernando da Silva Veiga, Marcos Aurélio de Oliveira e Pablo Pereira Freitas. Verifico, na pessoa de Pablo Pereira Freitas, a presença das atenuantes da menoridade e confissão espontânea.

Aquela para os dois delitos a que fora condenado, esta apenas para o mercado vil de estupefacientes.

Com essas considerações, passo a deliberar a exata quantificação da pena dos réus, que seguirá a ordem empregada na peça inaugural.

FERNANDO DA SILVA VEIGA:

A culpabilidade, observa-se dos autos, está dentro dos padrões normais aos crimes desta natureza; não registra antecedentes; de sua conduta social e personalidade nada foi apurado; os motivos foram escusos e certamente são balizados pela busca do lucro fácil, à custa de infelizes viciados, destinatários finais da substância apreendida (a droga degrada a pessoa física, psíquica e moralmente), porém são característicos ao delito; as circunstâncias são comuns ao tipo penal, e as especiais serão sopesadas quando da terceira fase; as consequências também são normais à espécie, não havendo contribuição da vítima.

Desse modo, embora não exista motivo desabonador da conduta do réu, é imprescindível o incremento da pena pelos vetores do art. 42 da Norma Antidrogas (quantidade e natureza), motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/10 para cada circunstância citada, o que reflete uma exasperação total de 2 anos na sanção inicial, uma vez que, como já fundamentado, a fração é obtida da diferença entre o mínimo e o máximo da pena. Assim, fixo a sanção corporal no patamar de 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem agravantes e/ou atenuantes a considerar.

Distantes causas especiais que autorizem o aumento e/ou redução. Logo, torno a sanção definitiva em 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

O valor individual da pena de multa é o mínimo legal, uma vez que os autos não revelam a condição financeira do réu.

O regime inicial é o semiaberto (CP, art. 33, § 2º, "b").

Necessário lembrar que a fixação do regime prisional, no delito em debate, não mais se submete à regra da Lei n. 8.072/1990, tendo em vista a decisão proferida pela Suprema Corte Constitucional (HC n. 111.840/ES).

MARCOS AURÉLIO DE OLIVEIRA:

A culpabilidade, observa-se dos autos, está dentro dos padrões normais aos crimes desta natureza; não registra antecedentes; de sua conduta social e personalidade nada foi apurado; os motivos foram escusos e certamente são balizados pela busca do lucro fácil, à custa de infelizes viciados, destinatários finais da substância apreendida (a droga degrada a pessoa física, psíquica e moralmente), porém são característicos ao delito; as circunstâncias são comuns ao tipo penal, e as especiais serão sopesadas quando da terceira fase; as consequências também são normais à espécie, não havendo contribuição da vítima.

Desse modo, embora não exista motivo desabonador da conduta do réu, é imprescindível o incremento da pena pelos vetores do art. 42 da Norma Antidrogas (quantidade e natureza), motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/10 para cada circunstância citada, o que reflete uma exasperação total de 2 anos na sanção inicial, uma vez que, como já fundamentado, a fração é obtida da diferença entre o mínimo e o máximo da pena. Assim, fixo a sanção corporal no patamar de 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Sem agravantes e/ou atenuantes a considerar.

Distantes causas especiais que autorizem o aumento e/ou redução. Logo, torno sanção definitiva em 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

O valor individual da pena de multa é o mínimo legal, uma vez que os autos não revelam a condição financeira do réu.

O regime inicial é o semiaberto (CP, art. 33, § 2º, "b").

Necessário lembrar que a fixação do regime prisional, no delito em debate, não mais se submete à regra da Lei n. 8.072/1990, tendo em vista a decisão proferida pela Suprema Corte Constitucional (HC n. 111.840/ES).

PABLO PEREIRA FREITAS:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tráfico de drogas:

A culpabilidade, observa-se dos autos, está dentro dos padrões normais aos crimes desta natureza; não registra antecedentes; de sua conduta social e personalidade nada foi apurado; os motivos foram escusos e certamente são balizados pela busca do lucro fácil, à custa de infelizes viciados, destinatários finais da substância apreendida (a droga degrada a pessoa física, psíquica e moralmente), porém são característicos ao delito; as circunstâncias são comuns ao tipo penal, e as especiais serão sopesadas quando da terceira fase; as consequências também são normais à espécie, não havendo contribuição da vítima.

Desse modo, embora não exista motivo desabonador da conduta do réu, é imprescindível o incremento da pena pelos vetores do art. 42 da Norma Antidrogas (quantidade e natureza), motivo pelo qual aumento a pena na fração de 1/10 para cada circunstância citada, o que reflete uma exasperação total de 2 anos na sanção inicial, uma vez que, como já fundamentado, a fração é obtida da diferença entre o mínimo e o máximo da pena. Assim, fixo a sanção corporal no patamar de 7 (sete) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

Sem agravantes a considerar. Presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, motivo pelo qual, para cada uma das hipóteses, reduzo a sanção em 1/6, o que resulta no quantum intermediário de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Todavia, como se sabe, nesta etapa é obstaculizada a redução da pena em patamar inferior ao mínimo legal do tipo penal (Súmula n. 231 do STJ), o que faz incidir a sanção mínima de 5 (cinco) anos de reclusão estabelecida para o tipo penal.

Distantes causas especiais que autorizem aumento e/ou redução. Logo, torno o resgate da pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa.

O valor individual da pena de multa é o mínimo legal, uma vez que os autos não revelam a condição financeira do réu.

O regime inicial é o semiaberto (CP, art. 33, § 2º, "b"). Necessário lembrar que a fixação do regime prisional, no delito em debate, não mais se submete à regra da Lei n. 8.072/1990, tendo em vista a decisão proferida pela Suprema Corte Constitucional (HC n. 111.840/ES).

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve a sentença, tendo o voto condutor assentado que (fls. 35/40):

Na dosimetria, os apelantes pretendem a aplicação da causa de diminuição da pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas no grau máximo, tendo em vista que preencheriam os requisitos legais para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto.

Sem razão.

Para a concessão da benesse que o apelante pretende, devem ser preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: primariedade, ausência de antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e não integração de organização criminosa, conforme preceitua o art. 33, §4º, da Lei de Drogas:

(...)

Conquanto sejam primários, não possuam maus antecedentes e, a princípio, não integrem organização criminosa, os elementos probatórios angariados demonstram que se dedicavam ao comércio de entorpecentes.

De fato, percebe-se que, além da grande quantidade de maconha, aproximadamente 15kg (quinze quilogramas), e de crack, cerca de 300 (trezentas) pedras, a variedade de entorpecentes encontrados, observada a apreensão de, ainda, 1 (uma) porção de cocaína, a existência de radiocomunicador na frequência da polícia, a quantia em dinheiro, quase R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), e a posse de 13 (treze) munições de uso restrito por Pablo demonstram que faziam do negócio espúrio meio de vida, ou seja, que não se tratava de ilícito ocasional.

Ademais, ainda que tenham alegado exercer atividades lícitas, não as comprovaram, a fim de evidenciar a procedência legal do numerário, ônus que lhes incumbia, a teor do art. 156 do Código de Processo Penal.

Aliás, entende-se que a declaração de fl. 135 é inapta para tal finalidade, especialmente porque emitida pelo pai de Pablo, visto que não detém o compromisso de expor a verdade, dada a aplicação analógica dos arts. 206 e 208 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, oportuno salientar que a utilização dos caracteres das drogas (quantidade, natureza, variedade, origem) ao mesmo tempo na primeira fase, para aumentar a pena-base, e, na última etapa, para a escolha da fração aplicável pela minorante do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, como entendem os Tribunais Superiores e esta Corte de Justiça, constitui bis in idem.

Contudo, não ocorre a dupla valoração negativa quando se exaspera na primeira fase a pena e não se aplica tal redutor em razão dessas características do material proscrito quando capazes de revelar a dedicação à atividade criminosa, notadamente quando aliadas a outras circunstâncias.

(...)

De qualquer modo, no caso, ainda que se despreze a natureza e a quantidade dos entorpecentes, a variedade, o apetrecho



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supramencionado (radiocomunicador), a quantia em dinheiro e as munições também evidenciam o profundo envolvimento dos apelantes no tráfico de drogas.

Assim, não há reparo a ser realizado no ponto.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que as penas-base afastaram-se do mínimo legal com base na considerável quantidade e variedade das drogas apreendidas, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Por outro lado, observa-se que também houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que os pacientes dedicam-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas (25 tabletes de maconha, pesando cerca de 15 kg; 17 porções menores de maconha, totalizando 612,7g; 2 porções maiores de crack, com peso de 48,5g; 282 pequenas porções de crack, pesando 40,9g; e 1 porção de cocaína, totalizando 0,2g) 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.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade/variedade da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento das penas-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, inocorrendo, assim, a alegada ofensa ao primado do *ne bis in idem*.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE POR AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A benesse do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, de modo que, para fazer jus àquele benefício, o agente deve preencher os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reafirmou a tese de que caracteriza bis in idem a valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria do delito de tráfico de entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014).

6. Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado.

7. Na hipótese, a vultosa quantidade de droga encontrada (mais de 10kg de cocaína), acondicionada em veículo conduzido pelo paciente, demonstra sua dedicação às atividades criminosas e justifica o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, enfraquecendo a alegação de ocorrência de bis in idem. Precedentes do STF.

8. Writ não conhecido. (HC 211.004/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 19/10/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO APONTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- 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 droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreram o delito.

- Inexiste constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico. Modificar tal entendimento importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do writ.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 338.956/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015) - grifei.

Portanto, em razão das circunstâncias fáticas colhidas nos autos, as instâncias ordinárias concluíram que os pacientes dedicavam-se às atividades criminosas, o que afasta a figura do tráfico privilegiado, de modo que alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES DELITUOSAS. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do(a) acusado(a), que este(a) não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Não há constrangimento ilegal no ponto em que, fundamentadamente, não foi aplicada a causa especial de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, à vista de elementos concretos que indicaram a dedicação do acusado à atividade criminosa do tráfico.

3. Para acolher a tese defensiva de que o acusado não se dedica a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. À vista da pena final aplicada (5 anos de reclusão) e da quantidade e natureza das drogas, revela-se correta a fixação do regime inicial fechado, a teor do art. 33, § 3º, do CP, pois a escolha do regime de cumprimento da pena deu-se com observância dos critérios legais, previstos no art. 42 da Lei de Drogas.

5. Ordem não conhecida. (HC 316.802/SP, Rel. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015) – grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por esta Corte Superior de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0303064-8

HC 379.203 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00037045420158240033 37045420158240033

EM MESA

JULGADO: 07/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LINDIANA BRANCO DZIACHAN
ADVOGADO	: LINDIANA BRANCO DZIACHAN - SC032715
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: FERNANDO DA SILVA VEIGA (PRESO)
PACIENTE	: MARCOS AURELIO DE OLIVIERA (PRESO)
PACIENTE	: PABLO PEREIRA FREITAS (PRESO)

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