



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.248 - SP (2019/0137768-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : BRUNO RODRIGUES ALVES
ADVOGADO : BRUNO RODRIGUES ALVES - SP350693
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDEMIR RIBEIRO LESCANO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO PENAL – CP. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* 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 entendimento desta Quinta Turma é no sentido de que 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*.

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).

3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelo transporte de grande quantidade de drogas – 3.052kg (três toneladas e cinquenta e dois quilos) de maconha, de Campo Grande/MS para São Paulo/SP –, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedica à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*.

4. Não havendo alteração no *quantum* da pena, o pleito quanto ao regime prisional encontra-se prejudicado, haja vista que a pena total fixada é superior a 8 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal).

5. *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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 30 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.248 - SP (2019/0137768-0)

IMPETRANTE : BRUNO RODRIGUES ALVES
ADVOGADO : BRUNO RODRIGUES ALVES - SP350693
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDEMIR RIBEIRO LESCANO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de CLAUDEMIR RIBEIRO LESCANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0008447-07.2016.8.26.0037.

Infere-se dos autos que o paciente, juntamente com outros corréus, foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas majorado), às penas de 16 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.666 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, por maioria, para reduzir a pena para 11 anos e 8 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime prisional fechado, acrescida do pagamento de 1.166 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença, conforme acórdão acostado às fls. 28/42.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que o paciente faz juz a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, na sua fração máxima de 2/3, porquanto preenche todos os requisitos legais. Uma vez feita a redução da pena, diz que o regime prisional deve ser abrandado.

Alega que o Magistrado sentenciante e o voto vencedor do acórdão incorreram em indevido *bis in idem*, porquanto utilizou o mesmo fundamento – quantidade da droga apreendida – para exasperar a pena-base e para afastar a causa de diminuição especial.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicado o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, e, caso acolhido o pedido, seja fixado o modo prisional mais brando para o cumprimento da pena.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 45/46). O Ministério Público Federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 50/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 510.248 - SP (2019/0137768-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria 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 o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

No caso dos autos, a impetrante busca a aplicação máxima do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

O paciente foi preso em flagrante, com outros três corréus, trazendo consigo e transportando 3.052kg (três toneladas e cinquenta e dois quilos) de maconha, de Campo Grande/MS para São Paulo/SP.

Diante disso, o Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas majorado em razão da interestadualidade à pena de 16 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 1.666 dias-multa, nos termos da seguinte fundamentação:

Observo que, embora primários, não tem cabimento a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pelo que se expõe:

(...)

Ora, é o caso dos autos. Os réus estavam transportando mais de três toneladas de maconha, o que, com certeza, seria distribuído em larga escala, a traficantes menores, até chegar ao varejo, quiçá servindo ao crime organizado, que está se disseminando por todo o País, cuja fonte de renda principalmente o tráfico de drogas, o que tona certo o envolvimento dos mesmos em organização criminosa.

A causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06 ficou devidamente comprovada, eis que o tráfico deu-se em dois Estados da Federação, pois a droga era transportada do município de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, para este Estado de São Paulo.

Passo a fixar a pena.

Atendendo ao consubstanciado no artigo 59 do Código Penal e, principalmente ao artigo 42 da Lei 11.343/06, considerando, ainda, a enorme quantidade da droga apreendida 3.052Kg (Três toneladas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e cinqüenta e dois quilos), dobro a pena base - 10 (dez) anos de reclusão e ao pagamento de 1000 (Hum mil) dias multa. Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Como já exposto, não incide a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06. Está presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso V, da Lei 11.343/06, razão pela qual aumento de 2/3 (dois terços) a pena aplicada, fixando-a em 16 (dezesesseis) anos, 08 (oito) meses e 1666 (Hum mil, seiscentos e sessenta e seis) dias multa. Justifico o aumento na proporção máxima, em razão do incalculável poder vulnerante da ação dos réus, que atingiria um número indeterminado de pessoas, disseminando ainda mais o já disseminado tráfico de drogas, não só nesta cidade, como em todo o Estado e País (fls. 22/26).

O Tribunal de Justiça a quo, por sua vez, deu parcial provimento ao apelo da defesa, por maioria, para reduzir o aumento da pena em razão da majorante da interestadualidade na terceira fase, fixando a pena do paciente em 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 1.166 dias-multa. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do voto do vencedor, *verbis*:

Peço vênia, no entanto, para divergir no capítulo da dosimetria.

A sentença aplicou as penas bases em dez anos de reclusão e mil dias/multa por conta da "enorme me quantidade de droga apreendida".

Creio que a sentença motivou a contento o acréscimo, lembrando que o artigo 42, da Lei 11.343/06, dispõe que o juiz, na fixação das penas considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e conduta social do agente.

Não se trata de reconhecer "bis in idem" na majoração da sanção na base na negativa de incidência da causa especial de redução de pena, porque os Apelantes obviamente não lograriam acesso à tamanha quantidade de droga que foi apreendida, a não ser por meio de alguma organização criminosa.

Aqui a justificativa da não incidência do fator de redução.

As penas de Claudemir e Reginaldo são acrescidas de 1/6, por conta da incidência da causa especial de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei Antidrogas, concretizando-se em onze (11) anos e oito (8) meses de reclusão, e mil cento e sessenta e seis (1166) dias/multa.

Moisés, confesso, tem a sua pena base reduzida em 1/6 por conta da incidência da atenuante, alcançando oito (8) anos e quatro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(4) meses de reclusão, e oitocentos e trinta e quatro (834) dias/multa. E com o aumento de 1/6 pela interestadualidade, sua reprimenda se concretiza em nove (9) anos, oito (8) meses e vinte (20) dias de reclusão, e novecentos e setenta e três (973) dias/multa.

O aumento pela interestadualidade é reduzido à fração mínima, porque a sentença não motivou a contento a fração maior que adotou.

Ante o exposto, o meu voto dá provimento parcial aos recursos para reduzir as penas de Claudemir e Reginaldo a onze (11) anos e oito (8) meses de reclusão e mil cento e sessenta e seis (1166) dias/multa, e a de Moisés a nove (9) anos, oito (8) meses e vinte (20) dias de reclusão e novecentos e setenta e três (973) dias/multa, mantida no mais a sentença (fls. 40/42).

Inicialmente, verifico que a tese defensiva de que a quantidade de droga foi utilizada erroneamente tanto para exasperar a pena-base como para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, incorrendo, assim, em indevido *bis in idem*, não merece prosperar, haja vista que, o entendimento desta egrégia Quinta Turma é no sentido de que 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*.

Diversa é a hipótese tratada 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).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. DIVERSIDADE E NATUREZA 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. POSSE DE MUNIÇÃO. PERÍCIA DESNECESSIDADE. DELITO DE PERIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABSTRATO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na diversidade e natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício.

A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

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

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

5. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que os delitos de porte ou posse de arma de fogo, acessório ou munição, possuem natureza de crime de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico a segurança coletiva, não se exigindo comprovação da potencialidade lesiva, prescindindo, portanto, de exame pericial.

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

Habeas corpus não conhecido (HC 413.902/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DA DROGA QUE, APESAR DE TER JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIU A FRAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIU O SEU RECONHECIMENTO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. OFENSA À PROPORCIONALIDADE. SANÇÃO REDUZIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- 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 do paciente à atividade criminosa, evidenciada esta última pela quantidade da droga encontrada e pelas circunstâncias em que o delito ocorreu. Precedentes.**

- Inexiste coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de o paciente dedicar-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada da droga apreendida e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, 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.

- Quanto à pena-base, embora legítima a fundamentação utilizada para sua exasperação, qual seja, a quantidade elevada do entorpecente apreendido, nos moldes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, tendo em vista que foi arbitrado no dobro do mínimo legal, ou seja, em 10 anos de reclusão. Pena-base estabelecida em metade acima do mínimo legal, com lastro na quantidade/nocividade da droga.

- Mesmo com a redução da pena corporal para 6 anos e 9 meses de reclusão, o que, a princípio, possibilitaria a fixação do regime inicial semiaberto, deve ser mantido o regime fechado. É que este Superior Tribunal firmou entendimento no sentido de que a valoração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade nos delitos de tráfico, ainda mais como no caso em tela, em que tais circunstâncias foram utilizadas na exasperação da pena-base, que, como visto, foi estabelecida acima do mínimo legal com lastro na elevada quantidade/nocividade da droga apreendida. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas do paciente para 6 anos e 9 meses de reclusão e 675 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 386.699/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 17/4/2017).

Noutro ponto, quanto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicá-la ao caso concreto em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pelo transporte de grande quantidade de drogas – 3.052kg (três toneladas e cinquenta e dois quilos) de maconha, de Campo Grande/MS para São Paulo/SP –, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça.

Acrescente-se, ainda, para se acolher a tese de que a paciente não se dedica à atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. VULTOSA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS - 9,2 QUILOGRAMAS DE MACONHA - E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE DENOTAM ENVOLVIMENTO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE DA PENA. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- 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. - As



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias de origem, com base nas provas dos autos, consubstanciada não apenas na vultosa quantidade de entorpecente apreendido - 9,200 quilogramas de maconha -, mas em especial, pelo fato de a paciente estar engajada em esquema de tráfico interestadual de drogas entre fronteiras, concluíram que não foram atendidas as diretrizes exigidas para o reconhecimento do tráfico privilegiado.

- Inalterado o montante da pena, deve ser mantido o regime inicial semiaberto, por expressa determinação legal, nos moldes delineados pelo art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

- Agravo regimental não provido (AgInt no HC 458.362/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/3/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. AGENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES ILÍCITAS. APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE RESPONDEU AO FEITO ENCARCERADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO FATO. FUNDAMENTO VÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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.

2. A Súmula 523/STF preleciona que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu".

3. Hipótese em que não restou comprovado o efetivo prejuízo à defesa, pois, como bem posto, independente da aplicação da atenuante da confissão espontânea, o regime cabível ao cumprimento da pena seria o fechado. Ademais, tendo o patrono anterior atuado satisfatoriamente em todas as fases processuais dentro da autonomia que lhe é conferida pela Lei n. 8.906/1994, não configura ausência ou deficiência na defesa técnica o fato de os novos advogados não concordarem com a linha defensiva adotada pelo seu antecessor. Precedentes.

4. O pleito referente à alteração do índice da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede esta Corte de conhecê-lo, sob pena de indevida supressão de um grau de jurisdição. Precedentes.

5. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

6. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantidade de entorpecente apreendido (mais de 7 toneladas de maconha), assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, 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.

7. Nos termos do § 1º do art. 387 do CPP, o magistrado, ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

8. Hipótese em que o apelo em liberdade foi negado ao paciente, fundamentadamente, por subsistem os motivos do decreto preventivo, amparado na garantia da ordem pública, em razão da expressiva quantidade de entorpecente apreendida (mais de 7 toneladas de maconha).

9. "Não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se persistentes os motivos para a preventiva" (HC 396.974/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017).

10. Habeas corpus não conhecido (HC 453.891/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 537,757 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE FIRMADA NA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE TRAFICADO, QUAL SEJA, MAIS DE MEIA TONELADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS AFASTA A INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. INDEVIDA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. SÚMULA 211/STJ.

1. A violação de preceitos, de dispositivos ou de princípios constitucionais revela-se quaestio afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. As instâncias de origem majoraram a pena-base do agravante (10 anos) de forma adequada, isto é, entre outros aspectos, levaram em consideração a elevada quantidade de entorpecente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traficado, ou seja, mais de meia tonelada de maconha, bem como a circunstância da operação criminosa.

3. 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 agente a atividades criminosas, que ficou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (meia tonelada de maconha).

4. As questões da diminuição da pena pecuniária e da devolução do veículo do ora agravante não foram suscitadas oportunamente por ele ou o tema nem sequer foi decidido pela instância de origem, a provocar a incidência da Súmula 211/STJ.

5. Inexistindo elementos capazes de alterar os fundamentos da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente agravo.

6. Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no AREsp 1105176/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 26/9/2018).

Por fim, não havendo alteração no *quantum* da pena, o pleito quanto ao regime prisional encontra-se prejudicado, haja vista que a pena total fixada é superior a 8 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal – CP).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0137768-0

HC 510.248 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00084470720168260037 84470720168260037

EM MESA

JULGADO: 30/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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	: BRUNO RODRIGUES ALVES
ADVOGADO	: BRUNO RODRIGUES ALVES - SP350693
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDEMIR RIBEIRO LESCANO (PRESO)
CORRÉU	: REGINALDO BISPO DOS SANTOS
CORRÉU	: MOISES PEREIRA DOS SANTOS

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

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