



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.559 - SP (2016/0290922-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON JOSÉ IGINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AGRAVAMENTO DA PENA DO PACIENTE. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. No caso dos autos, constato que não houve o *reformatio in pejus*, tendo em vista que não houve agravamento na situação do acusado, porquanto a pena-base ficou no mesmo patamar fixado na sentença, tendo o Tribunal local se utilizado da quantidade e da qualidade dos entorpecentes – 926 g de cocaína – motivos que são suficientes para manter a exasperação da pena-base.

3. Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida.

4. Por fim, não havendo redimensionamento da pena, tendo esta ficado no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o fechado, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 33, § § 2º e 3º, 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.559 - SP (2016/0290922-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON JOSÉ IGINO (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 WILSON JOSÉ IGINO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0038447-82.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 625 dias-multa, absolvido da apontada prática do delito de tráfico de drogas (fls. 13/18).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido pelo Tribunal *a quo* (fls. 32/40).

Na presente impetração, a defesa sustenta haver constrangimento ilegal, ao fundamento de que a manutenção da exasperação da pena-base em 1/4 acima do mínimo legal pelo Tribunal representa *reformatio in pejus*, tendo em vista que *a r. Sentença utilizou-se de três fundamentos para elevar a pena base (quantidade de droga, ausência de arrependimento e indícios de que o Paciente faz do crime seu meio de vida)* e o v. Acórdão, suprimindo dois fundamentos, manteve a pena base elevada na mesma fração diante da quantidade de entorpecente apreendida, o que representa *flagrante ilegalidade* (fl. 3), pois em recurso exclusivo da defesa foram excluídos fundamentos da sentença e a pena não foi reduzida. Aponta, ademais, ausência de proporcionalidade, porquanto *um único fundamento não poderia exasperar a pena no mesmo patamar* (fl. 3).

Insurge-se a defesa, ainda, contra o afastamento do redutor de pena previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que quantidade de entorpecentes apreendidos foi utilizada na primeira fase para elevar a pena em 1/4 e na derradeira etapa para impedir a aplicação do redutor, gerando bis in idem. Assim, deve ser afastado tal fundamento na terceira fase (fl. 4), permitindo-se a aplicação da benesse ao paciente.

Por fim, aduz que deve ser fixado regime inicial semiaberto e, tendo em vista o montante de pena já cumprido, requer a transferência do paciente para o regime aberto.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja reduzida a exasperação da pena-base para fração inferior a 1/4, seja aplicado o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e fixado regime inicial mais brando.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 48/50.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 98/103, pela concessão parcial da ordem:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. QUANTIDADE DE DROGAS CONSIDERADAS NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

1. Da análise dos autos, verifica-se que a elevação da pena-base do paciente ocorreu em razão da valoração negativa das conseqüências e circunstâncias do crime. Estes critérios são válidos e encontram amparo no art. 59 do Código Penal.

2. É entendimento pacífico do STJ e no STF que a natureza e a quantidade de drogas somente podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sob pena de o Magistrado incorrer em bis in idem. Precedente do STF: Plenário - Repercussão Geral no RE com Agravo n. 666.334/AM, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 03.04.2014.

- Parecer pela concessão parcial do habeas corpus.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.559 - SP (2016/0290922-4)

VOTO

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

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção da pena-base fixada em 1/4 acima do mínimo, mesmo com o decote, pelo Tribunal local, de duas das três circunstâncias judiciais negativas. Afirma, ainda, que o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas foi afastado de forma indevida, porquanto a quantidade de drogas já teria sido utilizada na primeira fase da dosimetria da pena, tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrido o *bis in idem*. Com o redimensionamento da pena, busca a fixação do regime mais brando.

O efeito devolutivo da apelação é amplo, permitindo a revisão da dosimetria da pena, em recurso exclusivo da defesa, sem que haja violação do disposto no art. 617 do CPP, autorizando-se ao Tribunal, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, a analisar circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório. Dessa forma, possibilita-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias que ocorreram o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do acusado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. In casu, a Corte estadual afastou a circunstância judicial dos maus antecedentes considerada pelo juízo sentenciante e ponderou a natureza do bem receptado (veículo automotor) para manter a exasperação da pena-base, porém em fração menor (1/6).

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. Precedentes: RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015 e HC 152.532/MG, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 13/04/2012).

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DE LEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. 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.

2. Não há falar em reformatio in pejus pois o efeito devolutivo da apelação é amplo, e permite a revisão da dosimetria da pena, em recurso exclusivo da defesa, sem que haja violação do disposto no art. 617 do CPP, desde que o quantum da pena não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular.

3. É lícito às instâncias ordinárias, analisar a legalidade dos fundamentos da decisão de primeiro grau, para conferir melhor compreensão da quaestio iuris objeto da sentença impugnada no recurso, respeitada a extensão cognitiva da decisão impugnada, e os limites quantitativo e qualitativo da pena imposta.

4. Os requisitos legais para a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas são agente reconhecidamente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa.

5. Concluído pelo Tribunal de origem, com fulcro na quantidade e na variedade de droga, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, 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. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 351.723/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, INCISO III, ALÍNEA C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA.

[...]

IV - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 628.568/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 11/5/2016).

No caso dos autos, veja o que foi consignado pelas instâncias ordinária ao exasperar a pena-base:

*Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, fixo as penas básicas 1/4 acima do mínimo legal para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes em razão da quantidade de entorpecentes apreendidos, com maior risco para a sociedade, sem me olvidar da ausência de arrependimento por parte do acusado e indícios de que já fez do crime um estilo de vida, até porque é tecnicamente primário fl. 126, ou seja, em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa. (**Sentença** fl. 16)*

Em relação às reprimendas impostas, verifica-se que foram criteriosamente dosadas e de acordo com o livre e prudente convencimento do MM. Juízo de Primeiro Grau, que apesar da primariedade do acusado, aumentou a pena base 1/4 (um quarto) acima do patamar mínimo legal, diante da grande quantidade de entorpecentes e seu alto grau de nocividade.

No caso dos autos, constato que não houve o reformatio in pejus, tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em vista que não houve agravamento na situação do acusado, porquanto a pena-base ficou no mesmo patamar fixado na sentença, tendo o Tribunal local se utilizado da quantidade e da qualidade dos entorpecentes - 926 g de cocaína - motivos que são suficientes para manter a exasperação da pena-base na fração de 1/4.

Assim, não há se falar em constrangimento ilegal nesse ponto.

Em relação à alegação de que teria ocorrido o *bis in idem*, tendo em vista que a quantidade de drogas foi utilizada tanto para exasperar a pena-base, bem como para afastar o redutor do tráfico, cabe ressaltar 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. 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*.

Vale consignar 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 n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dedica a atividades criminosas.

No caso, o sentenciante, fixou a pena-base em 6 anos e 3 meses de reclusão. Na segunda fase, tendo em vista a ausência de atenuantes e agravantes fica a pena definitiva nesse patamar de reclusão, pois também ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a sentença, tendo o voto condutor do acórdão recorrido destacado que (fl. 39):

Em relação às reprimendas impostas, verifica-se que foram criteriosamente dosadas e de acordo com o livre e prudente convencimento do MM. Juízo de Primeiro Grau, que, apesar da primariedade do acusado, aumentou a pena base 1/4 (um quarto) acima do patamar mínimo legal, diante da grande quantidade de entorpecentes e seu alto grau de nocividade.

Incabível a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Tóxicos, pois a quantidade de drogas apreendidas em poder do apelante demonstra sua dedicação a atividades criminosas e seu envolvimento com a organização criminosa.

Pela leitura do acórdão recorrido acima transcrito, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na quantidade e nocividade da droga apreendida, fundamentação que se encontra em consonância com nossa jurisprudência.

Por outro lado, observa-se que houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que o paciente dedica-se à atividade criminosa, ante a quantidade e nocividade da droga apreendida, 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 e a nocividade da droga apreendida, embora utilizadas na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foram usadas para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como elemento de convicção de que o paciente se dedica a atividades criminosas. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 INDEFERIDA. ALEGADO BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não caracteriza ofensa ao princípio do non bis in idem utilizar a quantidade do entorpecente apreendido como vetorial negativa no cálculo da pena-base e, na terceira fase de dosimetria, para indeferir a minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, com base na dedicação do réu à atividade criminosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 950.169/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal na não aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Por fim, não havendo redimensionamento da pena, tendo esta ficado no patamar superior a 4 anos, com a pena-base arbitrada acima do mínimo legal, não há se falar em outro regime senão o fechado, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0290922-4

HC 377.559 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00384478220158260050 20160000558089 384478220158260050

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON JOSÉ IGINO (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.