



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.400 - SP (2015/0009344-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE REGINA DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADA À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA APREENDIDA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE A PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. 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 do entorpecente apreendido, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado e à jurisprudência desta Corte.

– 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 da paciente à atividade criminosa, que ficou evidenciada pela quantidade da droga apreendida (*1kg de maconha*) e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito.

– *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 16 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.400 - SP (2015/0009344-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAIANE REGINA DE SOUZA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de DAIANE REGINA DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Revisão Criminal n. 0196066-02.2013.8.26.0000.

Consta dos autos que a paciente foi absolvida, em primeira instância, da prática das condutas descritas nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 55/60).

Irresignada, a acusação apelou, tendo o Tribunal *a quo* dado parcial provimento ao recurso ministerial, condenando a paciente à pena corporal de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, mantida a absolvição pelo delito previsto no art. 35 do mesmo diploma legal (fls. 116/125).

Inconformada, a defesa ingressou com pedido de Revisão Criminal, o qual foi conhecido, mas julgado improcedente pela Corte local, consoante acórdão assim ementado (fl. 9):

REVISÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA Verificado que a traficância exercida pela requerente restou devidamente comprovada nos autos. Não há que se falar que a condenação é contrária à evidência dos autos.

QUANTIDADE DE DROGA DEVE INFLUIR TANTO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE QUANTO NA FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DA DIMINUIÇÃO NÃO CONFIGURAÇÃO DO BIS IN IDEM.

A exasperação da pena-base decorreu exclusivamente em razão da grande quantidade de droga apreendida em poder da apelante (1 Kg), situação que é plenamente capaz de ensejar a elevação da reprimenda base acima do mínimo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O fato de a "quantidade de entorpecente" ter sido considerada tanto para fixação da pena-base, quanto para estabelecer o quantum de diminuição da causa estampada no art. 3, § 4º da Lei de drogas, não é apto a ensejar o bis in idem, haja vista que em cada fase da individualização da sanção penal, ela possui consequência jurídica-legal distinta.

Revisão conhecida e indeferida

Neste writ, a impetrante sustenta que a quantidade da droga não é elemento válido a justificar o afastamento do tráfico privilegiado. Além disso, destaca que, no caso, há constrangimento ilegal a ser sanado, ante a ocorrência do vedado *bis in idem*, decorrente da fixação da pena-base acima do piso legal com fulcro no mesmo fundamento utilizado para afastar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, qual seja, a quantidade da droga apreendida.

Diante disso, pede o redimensionamento da pena, considerando os argumentos acima expendidos.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 83/127.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 132/136).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 314.400 - SP (2015/0009344-4)

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 da paciente, 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 o reconhecimento de constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pela ocorrência de *bis in idem*, pois a quantidade da droga foi utilizada para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal e, novamente, para impedir a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado.

Por oportuno, convém destacar que esta Corte permite que a quantidade da droga apreendida impeça o reconhecimento da figura tráfico privilegiado, quando indica que o acusado dedica-se às atividades criminosas.

Nesse sentido, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA AFASTAR O REDUTOR. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A OITO ANOS. RÉU PRIMÁRIO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA VALORADOS NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO VÁLIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Segundo reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a quantidade, variedade e a natureza da droga apreendida podem ser sopesadas na definição do índice de redução da pena pela incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, até mesmo, para impedir a aplicação da referida minorante quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedente.

3. No caso, a instância antecedente, dentro do critério de discricionariedade vinculada do julgador na individualização da pena, afastou a minorante de tráfico privilegiado, com fundamento na natureza, variedade e na expressiva quantidade da droga apreendida [84,9g de cocaína (115 eppendorfs) 5g de crack (23 invólucros), e 307,6g de maconha (79 invólucros)], o que não se mostra desproporcional.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.365/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016) - grifei.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa.

4. Hipótese que o Tribunal de origem, negou a aplicação do benefício em virtude da quantidade e variedade das drogas apreendidas (21,4 gramas de cloridrato de cocaína, acondicionados em 34 embalagens plásticas, 0,8 gramas de cloridrato de cocaína, na forma de 18 pedras de crack e 74,3 gramas de cannabis sativa, distribuídas em 41 sacolés) aliadas a outros indicativos de que o paciente se dedicava ao tráfico de entorpecentes.

5. Considerando que a referida conclusão foi extraída dos elementos de prova colhidos ao longo da instrução e que a via eleita veda o reexame do conteúdo probatório dos autos, tem-se que os fundamentos expendidos são suficientes para embasar o afastamento do privilégio almejado.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, apenas para que o juízo das execuções, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito, bem assim a previsão legal do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007. (HC 250.878/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016) - grifei.

No caso, o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, condenou a paciente como incurso no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e aplicou as penas nos seguintes moldes (fl. 124):

Quanto a Daiane, fixo as penas-base acima do mínimo legal, na fração de um sexto, em razão da vultosa quantidade de entorpecentes. Ausentes outras circunstâncias modificadoras, torno as penas definitivas em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diárias, fixadas no mínimo legal.

Impossível a redução da reprimenda, nos termos do artigo 33, § 4º, da nova Lei de Tóxicos, diante da natureza e considerável quantidade de drogas apreendidas. Observo que há, neste ponto, discricionariedade conferida pela lei ao Juiz, não se tratando de direito subjetivo dos réus. E o magistrado, na fixação da reprimenda, deve levar em consideração o disposto no artigo 42 do citado Diploma legal.

Ao julgar o pedido revisional, a Corte local manteve íntegra a condenação e, quanto à dosimetria, o voto condutor do acórdão recorrido consignou que (fls. 25/38):

Em que pese os argumentos expendidos pela nobre defesa, entendo que, ao majorar a pena-base da peticionária entendeu como desfavorável a culpabilidade do delito, em razão da quantidade de droga transportada, o que, de fato, demonstra maior reprovabilidade da conduta, justificando o aumento acima do mínimo, uma vez que foram observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

(...)

Ressalte-se que embora este Relator perfilhasse do entendimento que a quantidade da droga apreendida serviria para caracterizar o delito de tráfico de drogas, mas não era suficiente à exacerbação da pena-base, após minuciosa análise sobre o tema, filio-me ao entendimento de que quantidade e natureza da droga, neste caso, recomendam a fixação acima do mínimo, o que é permitido pelo art. 42 da Lei de Drogas.

(...)

Porquanto a quantidade de droga apreendida, frise-se, justifica a exasperação da pena-base.

(...)

Portanto, o quantum de substância entorpecente apreendida 1Kg deve, sim, ser considerada de 'grande quantidade', de modo a influir na valoração negativa da respectiva circunstância judicial preponderante, no sentido de possibilitar a exasperação da pena-base no âmbito da etapa inicial do procedimento dosimétrico.

Por demais, convém ponderar que, no tocante à fixação da pena-base, não houve qualquer desproporcionalidade capaz de ensejar a redução da sanção penal estabelecida no âmbito da primeira etapa da dosimetria penal.

Da insurgência recursal quanto à existência de bis in idem na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração da quantidade de droga para agravamento da pena-base, como também para efeito da modulação da fração redutora da minorante constante do 4º, do art. 33 da Lei n. 11.373/2006, não merece prosperar.

(...)

A compreensão egressa do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos não configura violação ao princípio do non bis in idem.

(...)

Portanto, com base nos precedentes supracitados, deixo de reconhecer a minorante do artigo 33, § 4º da lei 11.343/2006.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que a pena-base afastou-se do mínimo legal com base na considerável quantidade da droga apreendida (1kg de maconha), fundamentação idônea e que se encontra alinhada à jurisprudência desta Corte, não havendo, portanto, que se falar em coação ilegal.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.340/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA PARA FINS DE IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Sopesada a quantidade e natureza da droga apreendida (70,1g de cocaína e 2,2g de maconha), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 59 do Código Penal, a exasperação da pena-base em 10 (dez) meses acima do mínimo, não se apresenta exagerada, porquanto fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

9. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade. (HC 312.885/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 18/05/2016) - grifei.

Por outro lado, observa-se que também houve fundamentação concreta quando do não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a paciente dedica-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.

Nesse ponto, destaque-se que a quantidade da droga apreendida, embora utilizada na primeira fase para justificar o afastamento da pena-base do mínimo legal, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, incorrendo, assim, o alegado *bis in idem*.

Nesse sentido:

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a paciente dedicava-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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: 2015/0009344-4

HC 314.400 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067465220088260114 01960660220138260000 1960660220138260000 20110000226714
20140000818181 2432008 67465220088260114

EM MESA

JULGADO: 16/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANDRÉ LUIZ DA SILVA DA CUNHA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAIANE REGINA DE SOUZA
CORRÉU	: ARNALDO BARBOSA SIQUEIRA

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.