



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.095 - SP (2014/0335245-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDENEIDE MARIA DOS SANTOS
PACIENTE : CLAUDIA MENDONÇA FERNANDES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 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 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. A aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. *In casu*, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que a expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Assim, a reforma dessa conclusão constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. No caso dos autos, a pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de 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 razão da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida - 6 tijolos pesando 4,3 kg de maconha; 2 sacos plásticos contendo 1,9 kg de cocaína; 220 tabletinhos de maconha pesando 380 g; 47 frascos plásticos contendo 80 g de cocaína; 1 frascote contendo 1,7 g de cocaína; e 1 saquinho contendo 30,8 de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cocaína a granel -, aliadas às das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o intenso envolvimento das pacientes com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

4. 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 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).

5. O Tribunal de origem retificou a pena imposta às pacientes, sem contudo ter se manifestado sobre o regime prisional ou à possibilidade de substituição da pena corpórea por restritiva de direitos. Tal situação não foi impugnada pela defesa, que não se insurgiu adequadamente quanto ao tema. Assim, considerando a ausência de debate sobre a tese na instância ordinária, não se admite sua análise perante esta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.095 - SP (2014/0335245-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDENEIDE MARIA DOS SANTOS
PACIENTE : CLAUDIA MENDONÇA FERNANDES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de ALDENEIDE MARIA DOS SANTOS e CLÁUDIA MENDONÇA FERNANDES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0007182-33.2011.8.26.0590.

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou as pacientes à pena de 9 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos no art. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal - CP (tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico em concurso material).

No julgamento da apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem, por maioria, deu parcial provimento ao recurso para absolver as apelantes do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, mantidos os demais termos da condenação (fls. 28/35).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 39/42).

No presente *writ*, sustenta a impetrante, em síntese, que as pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sem que houvesse elementos para afastar o privilégio.

Alega que a utilização da quantidade da droga na primeira fase da dosimetria para elevar a pena-base e, também na terceira fase para negar a aplicação da redução pelo tráfico privilegiado, caracteriza indevido *bis in idem*.

Sustenta, ainda, que, reduzidas as penas das pacientes, deverá ser estabelecido o regime inicial aberto para cumprimento da pena, uma vez que a hediondez e a gravidade abstrata do crime de tráfico não são fundamentos idôneos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificar a imposição de regime mais gravoso, sob pena de afronta aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como ao Enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Assevera que, com o redimensionamento das reprimendas, as pacientes implementarão os requisitos previstos no art. 44 do CP, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por restritiva de direitos.

Desse modo, requer a concessão da ordem para reduzir a reprimenda imposta, fixando-se o regime inicial aberto, com posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 47/48).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem. (fls. 55/59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.095 - SP (2014/0335245-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

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

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a aplicação da causa redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena. Pleiteia, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O magistrado de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado nos seguintes termos:

[...]

Passo, então, a dosimetria da pena.

O preceito secundário do artigo 33 da lei prevê pena em abstrato entre 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 que 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 a conduta social, a pena base deverá ser fixada acima do mínimo legal. Justifica-se pela quantidade de drogas, cocaína e maconha. A pena portanto, será fixada 1/3 acima do mínimo legal, em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Incabível a diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em razão de as acusadas estarem associadas ao tráfico. Ora, que está associado ao tráfico, dedica-se a atividades criminosas.

Assim, a pena será de 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

Para o crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06 há previsão de pena de 3 a 10 anos de reclusão e 700 dias-multa.

No caso a pena há de ser fixada no mínimo legal em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

*Há, que ser aplicada a regra do artigo 69 do Código Penal, resultando em **9 anos e 8 meses de reclusão** e 1366 dias-multa.*

Não havendo outras causas modificadoras torno-a definitiva.

*Fixo o regime da pena de reclusão no **inicial fechado**. [...]*
(fls. 23/24).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo*, por sua vez, atento à ampla devolutividade do recurso de apelação, manteve a condenação das paciente pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, absolvendo-as quanto ao crime previsto no art. 35 da mesma Lei.

Em seu voto vencido, o Relator consignou o seguinte:

[...]

A acusação é de que, no dia 13 de abril de 2011, por volta de 14 horas, em São Vicente, as apelantes guardavam, para comércio com terceiros, substâncias entorpecentes, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo a denúncia, policiais compareceram na Rua Projetada, 60, após denúncia anônima, onde presenciaram uma movimentação de pessoas. Entraram na casa e, na cozinha, encontraram **um tijolo de maconha, 220 porções da mesma droga, 47 porções de cocaína e cinco tijolos de maconha, além de material para pesagem, para embalagem e outros próprios para a confecção das porções da droga**. Cláudia, que estava na casa, assumiu a propriedade das drogas e indicou a residência de Aldeneide onde haveria mais entorpecente.

Na seqüência das diligências, os policiais dirigiram-se até essa residência, onde se encontrava Aldeneide, e ali apreenderam cocaína a granel e diversas anotações demonstrando a movimentação do tráfico.

Refere a denúncia, por fim, que as apelantes se associaram com o fim de praticar reiteradamente os crimes de tráfico, dividindo as tarefas de guarda, embalagem e controle de vendas das drogas.

De absolvição é impossível cogitar-se, pois ao contrário do alegado, as provas comprometem sobremaneira as apelantes.

Assim é que os policiais Adel Chawa Neto e Rodrigo Antonio e Oliveira Ventura, ouvidos em juízo, informaram, em coerente e harmônicos depoimentos que, após denúncia anônima sobre a ocorrência de narcotráfico naquela casa, foram investigar, sendo que depois de algum tempo observando a casa, nela ingressaram quando uma menina prendeu o cachorro. Em seu interior encontraram as drogas e os outros apetrechos referidos na denúncia, tendo **Cláudia, a apelante, confessado o tráfico, afirmando que pegava a droga com a apelante Aldeneide, na casa de quem foram em seguida e apreenderam aquela quantidade de cocaína a granel** (fls. 114/140).

Outros dois policiais foram ouvidos e confirmaram os fatos narrados na denúncia (fls. 159/166 e 181/187).

Aliás, a própria apelante Cláudia Mendonça não refutou o encontro das drogas e demais objetos relacionados ao tráfico, alegando que ali havia sido deixado por um rapaz, cujo nome não quis declinar, **acrescentando que não era a primeira vez que fazia aquilo** (fls. 196/200), versão esta que soa como admissão de culpa, pois uma das condutas previstas no artigo 33 "caput" da Lei de Tóxicos é justamente "guardar" substâncias entorpecentes para fins de entrega a consumo de terceiros, exatamente o que fazia essa apelante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à *corrê Aldeneide*, vê-se que esta foi bastante evasiva em seu interrogatório judicial, limitando-se a afirmar que aquele pó branco encontrado em sua casa não era cocaína, mas sim bicabornato, que usava para o estômago.

Entretanto, conforme pode ser constatado do laudo de exame químico-toxicológico, todos o material apreendido naquela diligência que resultou na prisão das apelantes era constituído de **mais de quatro quilos de maconha e quase dois quilos de cocaína**, não havendo referência a nenhum pacote contendo exclusivamente bicabornato de sódio (fls. 81).

Portanto, cabalmente provada a imputação irrogada às apelantes, outra solução não havia para a presente demanda penal que não a condenatória.

A invocação de coação moral irresistível como fundamento da absolvição da *corrê Cláudia*, quando alega que viu-se coagida pela periculosidade daquele indivíduo, para guardar a droga, não tem o menor respaldo probatório e não pode ser, por isso, acolhido, o mesmo podendo ser dito sobre a inexigibilidade de conduta diversa

[...]

No tocante às penas, tem-se que, na base, o d. Magistrado sentenciante **fixou-as em um terço acima do mínimo em razão da grande quantidade de drogas apreendidas**, o que é razoável e não caracteriza nenhum exagero punitivo. [...] (fls. 28/33).

No voto vencedor, foi afastada a condenação pelo delito de associação para o tráfico, tão somente em razão do entendimento de que não ficaram demonstradas a habitualidade e permanência da sociedade criminosa, mantendo-se a pena referente ao delito de tráfico.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados por unanimidade, consoante trechos que merecem destaque:

[...]

Rejeitam-se os embargos de declaração.

Isto porque, malgrado afastado o crime de associação para o tráfico, **restou clara e insofismavelmente provada o conluio entre as duas corrês para o tráfico, bem como inarredável o fato de que se tratava de tráfico de tamanha quantidade e variedade de drogas que não há qualquer dúvida da imensa dedicação das criminosas para o crime.**

Eram: 6 tijolos pesando 4,3 kg de maconha; 2 sacos plásticos contendo 1,9 kg de cocaína; 220 tabletinhos de maconha pesando 380 g; 47 frasconetes plásticos contendo 80 g de cocaína; 1 frasconete contendo 1,7 g de cocaína; e 1 saquinho contendo 30,8 de cocaína a granel (auto de constatação de fls. 25).

Diante dessa informação, **absolutamente inviável, chegando a ser risível e escárnio, sustentar o mérito da embargante para usufruir do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas.** [...] (fl.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

41)

A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa.

In casu, assentou-se a inaplicabilidade do dispositivo, ante o entendimento de que as pacientes se dedicavam às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade da droga apreendida - "6 tijolos pesando 4,3 kg de maconha; 2 sacos plásticos contendo 1,9 kg de cocaína; 220 tabletinhos de maconha pesando 380 g; 47 frasconetes plásticos contendo 80 g de cocaína; 1 frasconete contendo 1,7 g de cocaína; e 1 saquinho contendo 30,8 de cocaína a granel" -, somando-se às circunstâncias do delito, uma vez que foram apreendidos materiais e embalagens próprios para a confecção das porções das drogas destinadas à prática da traficância.

Nesse contexto, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a expressiva quantidade de droga, associada às circunstâncias do delito, pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE FAZIA DO TRÁFICO O SEU MEIO DE VIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CIRCUNSTÂNCIA QUE TAMBÉM EVIDENCIA A DEDICAÇÃO DO PACIENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. TESES PREJUDICADAS PELO NÃO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, no caso, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem aferir que o agente se dedica a atividade criminosa.

4. Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, fica prejudicado o pleito de alteração do regime prisional e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ressaltando-se, no ponto, que o paciente encontra-se cumprindo pena em regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.309/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O magistrado sentenciante afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 por entender que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, tendo em vista a quantidade e a variedade das drogas apreendidas - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína, fracionadas em 55 porções - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). Escorreito o afastamento da benesse, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca do regime inicial de cumprimento de pena, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou abrandar o regime estabelecido em primeira instância. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Na espécie, não há falar em reformatio in pejus, ante a ausência de prejuízo à situação do paciente, porquanto mantidos a pena final e o regime originariamente imposto pelo Juízo de primeira instância.

4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, em razão da variedade e quantidade da substância entorpecente apreendida - 113,5g de maconha e 35,1g de cocaína,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fracionadas em 55 porções. - (art. 42 da Lei n.º 11.343/06) -, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 351.276/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

Ademais, a reforma do entendimento das instâncias ordinárias quanto à dedicação do paciente às atividades criminosas constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percutiente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INTERMEDIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. 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.

3. Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e na natureza da droga apreendida, 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.

4. Mantido o quantum da sanção imposta (5 anos de reclusão), é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal), assim como a alteração do regime prisional para o aberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP.

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 330.342/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/4/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E INTEGRAVA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida - 514,3 kg de cocaína - , e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois.

2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

4. Devidamente fundamentada a imposição do regime inicial fechado, com base nas circunstâncias do caso concreto, considerando-se a quantidade e a natureza da droga apreendida - 514,3 kg de cocaína (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 353.208/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 29/04/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS IDÔNEAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. **Rever o entendimento externado pela Corte de origem para o fim de aplicar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus.**

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 344.751/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Noutro ponto, a tese defensiva de que a quantidade da droga foi utilizada 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.

De fato, na hipótese, verifico que a majoração da pena-base foi fundamentada pelas instâncias ordinárias na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP.

Com efeito, o Tribunal de origem, readequando a fundamentação, deixou de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em razão da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas às **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o intenso envolvimento das paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes.

Ademais, entendo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

*[...] 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** [...]* (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

*[...] 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. [...]* (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).

*[...] **Não há bis in idem** se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, **deixou de ser aplicada** por integrar o Condenado organização criminosa. **Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal**, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (**ARE 666.334/AM**, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...]* (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Por fim, verifica-se que o Tribunal de origem retificou a pena imposta às pacientes, sem contudo ter se manifestado sobre o regime prisional ou à possibilidade de substituição da pena corpórea por restritiva de direitos. Tal situação não foi impugnada pela defesa, que não se insurgiu adequadamente quanto ao tema. Assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando a ausência de debate sobre a tese na instância ordinária, não se admite sua análise perante esta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, RATIFICADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Os temas referentes à possibilidade de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foram apreciados pelo Tribunal a quo, que reputou inadequado o manejo do habeas corpus como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. In casu, a prisão provisória não se justifica ante a fundamentação inidônea, bem como diante do quantum da sanção imposta - 1 ano e 8 meses -, decorrente da fixação da pena-base no mínimo legal e da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em patamar máximo.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem, concedida, de ofício, ratificada a liminar outrora deferida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade (HC 353.973/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016).

PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL. MODIFICAÇÃO. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CONSTRITIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não se conhece do recurso relativamente aos pedidos de alteração da dosimetria da pena e de abrandamento do regime prisional, se as questões não foram examinadas no Tribunal estadual, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Necessidade de remessa dos autos à Corte a quo para que examine as argumentações da impetrante.

3. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

5. Hipótese em que a prisão do recorrente encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, considerando a quantidade e natureza da droga apreendida e demais circunstâncias demonstrativas da gravidade concreta da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

6. A jurisprudência deste Superior Tribunal permite a negativa ao acusado do direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, mormente em relação ao réu que se manteve preso durante a persecução penal.

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que, proceda à análise das alegações da impetrante (RHC 66.684/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016).

Não verifico, portanto, a existência de qualquer flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0335245-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.095 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00071823320118260590 20140000008610 20140000591304 3512011 71823320118260590

EM MESA

JULGADO: 18/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALDENEIDE MARIA DOS SANTOS
PACIENTE	: CLAUDIA MENDONÇA FERNANDES

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.