RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.141 - SC (2017/0268222-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	M E O F
ADVOGADOS	:	LEOBERTO BAGGIO CAON - SC003300
		LEONARDO PEREIMA DE OLIVEIRA PINTO - SC013001
		GABRIEL HENRIQUE DA SILVA E OUTRO(S) - SC022400
RECORRENTE	:	F V
ADVOGADO	:	ILDO PORTZ E OUTRO(S) - SC006317
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por M E O F, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que deu parcial provimento à apelação da defesa para fixar a pena definitiva da recorrente em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática da conduta descrita no artigo 33, *caput*, da Lei Antidrogas (e-STJ, fl. 1168).

Os elementos existentes nos autos indicam que a recorrente foi denunciada como incursa nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, por ter, em concurso de agentes, e na qualidade de chefe da associação formada para o fim de comercializar *ecstasy* na cidade de Joaçaba, sido preza quando fornecera duas unidades a um dos agentes do grupo para comercialização com terceiros. No entanto, em data anterior, a ré forneceu a outro agente do grupo para comercialização outras 91 unidades do entorpecente, tendo o mesmo sido preso em flagrante, cuja condenação se deu em outro processo. (e-STJ, fls. 167/169)

Julgada procedente a imputação, a acusada foi condenada, nos termos da denúncia, às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1399 (mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa (e-STJ, fls. 848/849).

A sentença foi parcialmente reformada pela Corte de origem para absolver a recorrente do crime de associação para o tráfico, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa (e-STJ, fls. 1168).

Inconformada a defesa opôs embargos de declaração, sustentando a existência de obscuridades e contradições, em razão de o acórdão não ter se manifestado sobre todas as provas utilizadas para confirmar a condenação da ré pelo delito de tráfico de drogas praticado pelo corréu B. M., relativo ao outro processo de n° 0003620-41.2015.8.24.0037, além de omissão acerca da alegação de *bis in idem*, ocorrido quando valorou-se negativamente, por duas vezes, a mesma circunstância em desfavor da embargante, primeiro para acrescer a sua pena-base, e depois para afastar a causa redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e manter o seu regime inicial fechado.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fl. 1220)

Nas razões do presente apelo nobre (e-STJ, fls. 1332/1381), a defesa alega violação do artigo 7º, inciso XIV, da Lei n. 8.906/94 e Súmula Vinculante 14 do STF, sustentando a ocorrência de nulidade, por cerceamento de defesa, diante da negativa de acesso do patrono da ré aos autos n° 0003620-41.2015.8.24.0037, relativo à anterior condenação do corréu BRYAM MASSUCATTO, uma vez que é imprescindível o seu

acesso aos elementos probantes contidos nessa ação penal, posto que guardam inegável correlação com a acusação existente contra a ré.

Pondera que foram afrontados os artigos 156, 387, inciso VII, § 2º e 619, todos do Estatuto Processual Penal, alegando que a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas imputado à recorrente não ficou comprovada nos autos.

Aponta que não foi observada a norma do artigo 619 do Estatuto Processual Penal, ressaltando a existência de omissão da Corte de origem quanto à comprovação da autoria e materialidade do crime de tráfico de droga.

Alerta que foi desrespeitado o artigo 42 e 59, ambos do Código Penal, salientando que a valoração negativa da quantidade e qualidade da droga apreendida e a habitualidade criminosa resultou em *bis in idem*, uma vez que esses mesmos critérios foram utilizados duplamente para majorar a pena-base acima do mínimo legal, na primeira fase e negar a redução da pena, pelo tráfico privilegiado, na terceira fase do cálculo da sanção corporal.

Alega que foi maculado o artigo 33, § 4º e 42, ambos da Lei Antidrogas, preceituando que faz juz a redução da pena pelo tráfico privilegiado no seu patamar máximo de 2/3.

Sustenta que foi violado o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que deve ser aplicada a detração penal, com vistas à fixação do regime de cumprimento da pena.

Assevera que foi insultado o artigo 33, § 2º, alíneas "b" e "c", ressaltando que deve ser fixado o regime aberto ou semiaberto para o cumprimento inicial da reprimenda corporal.

Aduz, ainda, infração ao artigo 44 do Estatuto Repressivo, sustentando que a pena privativa de liberdade deve ser subsituída por restritivas de direitos.

Requer, ao final, a reforma do acórdão recorrido.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do inconformismo (e-STJ, fls. 1470/1484).

É o relatório.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Inicialmente, quanto à alegada nulidade por cerceamento de defesa, verifica-se que este Sodalício deu parcial provimento ao RHC n. 72.673/SC para que a recorrente tivesse acesso aos depoimentos prestados pelo corréu nos autos da Ação n. 0003620-41.2015.8.24.0037, bem como a outros documentos correlatos indispensáveis ao exercício da defesa, o que torna prejudicado o seu rejulgamento na via do recurso especial.

Através da Petição 000238911/2018 (e-STJ, fls. 1511/1558), a defesa noticia que teve acesso as provas constantes nos autos da ação penal 0003620-41.2015.8.24.0037, ressaltando que ficou evidente a desvinculação da ré com os dois comprimidos de ecstasy apreendidos com o correu BRYAM MASSUCATTO, o que justifica a sua absolvição pelo delito de tráfico de entorpecentes.

Quanto à materialidade e à autoria do delito de tráfico de drogas imputado à recorrente pela denúncia, colhe-se do acórdão exarado pela Corte de origem o seguinte excerto, onde foi devidamente examinados os temas, *litteris*:

> *A materialidade do delito está comprovada pelos termos de apreensão (fls. 136 e 146), pelos laudos periciais n.*

9200.16.01279 (fls. 172/174) e n. 9200.15.11778 (fls. 175/177), bem como pela prova oral colhida ao longo da
persecuçào criminal. (...)
Ocorre que a versão dos apelantes é dissociada das demais provas amealhadas nos autos.
Importante destacar que as versões apresentadas nos interrogatórios de ambos os réus apresentam divergências entre si, pois enquanto M.E. atribui a possível acusação de tráfico de drogas ao fato de comprar muitos comprimidos de ecstasy constantemente, uma vez que informou fazer "vaquinha" com as amigas para adquirir a droga em grande quantidade, F.V. sustentou que a namorada comprava sozinha a sua droga, assim como ele também adquiria sozinho os entorpecentes que consumia.
Como se não bastasse, enquanto M.E. foi enfática em informar que no dia da prisão de K. estava na casa noturna "Café Pinhão" na companhia do namorado F.V., informou, vagamente, que "nem sabia dizer" se no dia dos fatos estava no local.
Também restou controversa a versão dos apelantes sobre como entravam na casa noturna "Café Pinhão", pois enquanto M.E. alegou que sequer era revistada, pois entrava pela "loja", já que trabalhava no local como divulgadora das festas juntamente com o namorado, F.V. disse que sempre eram revistados e que, apenas em algumas oportunidades, entravam por uma porta nos fundos que dava acesso aos camarotes cuja bebida era liberada pela proprietária da casa noturna.
Ademais, ambos os apelantes não conseguiram explicar o fato de possuírem contra si diversas acusações por tráfico de drogas, articuladas por vários usuários ouvidos na etapa extrajudicial, os quais, como se reproduzirá a seguir, informaram que adquiriam entorpecentes tanto de M.E. quanto de F.V.
Em juízo, o Delegado de Polícia Antônio Lucas Ferreira Pinto, o qual comandou as investigações, declarou que ambos os apelantes eram traficantes de drogas sintéticas (fls. 517/518 e extraído da sentença às fls. 816/824): (...)
E no contexto, corroborando com os relatos dos policiais, extraí-se das declarações da testemunha protegida n. 01, tanto na etapa indicária, como em juízo, que os apelantes vendiam substâncias entorpecentes em casas noturnas da cidade de Joaçaba. Veja-se (fls. 540/542 e extraídas da sentença às fls. 839/845): (...)
Como se nota, as testemunhas confirmam as informações obtidas de que os apelantes traficavam drogas, em especial o ecstasy. (...)

> *Destarte, ainda que, ao contrário do destacado na sentença a quo, realmente se reconheça que* ***não ficou suficientemente provado que os 91 (noventa e um) comprimidos de ecstasy apreendidos com K. J. A.L. teriam sido adquiridos dos apelantes, em especial de M.E.O.F., até mesmo porquê K. desmentiu o fato em juízo, não há que falar em insuficiência de provas para caracterizar o tráfico de drogas praticado pelos apelantes, pois como evidenciado nos autos, B.C.M. foi preso em flagrante quando trazia consigo 02 (dois) comprimidos de ecstasy, os quais admitidos em juízo que eram para a mercância ilícita e teriam sido adquiridos dos réus M.E. e F.***
>
> *Importante esclarecer que não se desconhece e nem se ignora os depoimentos da "testemunha sigilosa 2" e das declarações prestadas por K. J. A.L., ambas em juízo, nas quais alegam que se sentiram pressionadas pelos agentes públicos a relatarem sobres os fatos aqui apurados. Ocorre que, ambos sequer foram levados em consideração nesta decisão para formar a convicção do julgador, pois de conteúdo duvidoso.*
>
> *Entretanto, não é possível desqualificar toda a prova produzida nos autos, pois confirmadas sob o crivo do contraditório, motivo pelo qual impossível reconhecer a incidência da "teoria da árvore envenenada", seja pela ocorrência de prova ilícita direta, seja por derivação.*
>
> *Logo, é possível imputar o mercadejo ilícito aos apelantes, uma vez que existem diversos depoimentos, inclusive, gize-se, a maioria deles confirmados em juízo, conforme já colacionado, que apontam o tráfico de drogas (ecstasy) a M.E.O.F. e F.V.* (e-STJ, fls. 1102/1147)

Da leitura do trecho descrito, verifica-se que o Tribunal de origem, após a análise dos elementos colhidos no curso da ação penal, concluiu que o caderno processual ostenta provas aptas para condenar a recorrente pelo crime de tráfico de entorpecentes que lhe foi imputado pela denúncia, destacando que a materialidade e autoria do denunciado ficou demonstrada pelas provas orais, periciais e demais provas dos autos.

Nesse aspecto, o apelo especial não se presta a desconstituir o julgado e operar a absolvição do réu, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusiva das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do óbice constante do Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido vejam-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.*
>
> *Na espécie, a pretensão veiculada no apelo raro, consistente em comprovar a materialidade do crime previsto no art. 38 da Lei n.*

> *9.605/98 esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, uma vez que se mostra indispensável, para tanto, o reexame das provas coligidas aos autos. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no REsp 1.332.488/SC, FELIX FICHER, QUINTA TURMA, Julgado em 5/2/2015, DJe de 24/2/2015).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE CONTRABANDO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ARGUIDA INEXISTÊNCIA DE DOLO. TESE DE QUE É INSUFICIENTE O EXAME PERICIAL INDIRETO PARA CARACTERIZAR A MATERIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO SEM A ADEQUADA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *[...]*
> *3. A tese da defesa de atipicidade da conduta por ausência de dolo, decorrente do desconhecimento da origem estrangeira das máquinas caça-níqueis e de seus componentes eletrônicos, bem assim a falta de demonstração da materialidade, são pretensões que não podem ser conhecidas em sede de recurso especial. Com efeito, a pretensão demanda análise do conjunto fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita, em face do óbice da Súmula n.º 07 desta Corte.*
> *4. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.*
> *5. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no AREsp 302.793/ES, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 3/12/2013, DJe de 19/12/2013)
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUTORIA E MATERIALIDADE. REEXAME. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *- O acolhimento da pretensão recursal, no sentido de que existem provas suficientes para a condenação dos agravados, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no Ag 1.4147.26/RS, SEXTA TURMA, Rel. Min. ERICSON MARANHO - Desembargador convocado do TJ/SP, julgado em 7/10/2014, DJe de 28/10/2014).

Por seu turno, afasta-se, a alegação omissão do Tribunal *a quo* em relação a ausência de prova da materialidade e autoria delitiva da denunciada, pois verifica-se que houve pronunciamento de forma fundamentada sobre os temas, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente.

A respeito do *bis in idem* na dupla valoração negativa da natureza e quantidade do entorpecente apreendido na primeira e na terceira fase do cálculo penal, assim restou assentado pela Corte *a quo*, *litteris*:

> *Mais uma vez, sem razão.*
> *Isso porque o Magistrado a quo quando da prolatação da*

> *sentença utilizou-se do alto poder deletério da droga comercializada pela embargante (ecstasy) para majorar a pena-base e, de outro norte, o acórdão afastou a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em virtude da habitualidade criminosa.* (e-STJ, fl. 1211)

Cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que afasta a alegada ocorrência de *bis in idem*.

Isso porque, "*De acordo com a jurisprudência sedimentada nesta Corte Superior de Justiça, não há* bis in idem *quando a quantidade da droga apreendida, apesar de utilizada na primeira etapa da dosimetria para justificar a elevação da pena-base, não foi usada para definir o patamar da fração redutora pela incidência da minorante, mas, sim, como fator impeditivo de seu reconhecimento, por indicar que o agravante fazia do tráfico ilícito de drogas seu meio de vida*." (AgRg no REsp 1580686/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017), tal como se verifica na espécie.

Na mesma direção:

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E OS PARADIGMAS. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PARA DISCUTIR ACERTO OU DESACERTO DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL.*
> *ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. […]*
> *3. O acórdão embargado encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte segundo a qual "a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem" (AgRg no AREsp. 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS*

JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).
4. Incide, na espécie, a Súmula n. 168/STJ, segundo a qual, "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".
5. Agravo regimental desprovido.
(AgRg nos EREsp 1408612/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. […]
4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.
5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (ausência de comprovação de atividade lícita associada ao fato de ter sido surpreendido com certa quantidade de droga - 1 pino de cocaína, pesando 0,58g, e 7 porções de maconha, pesando 7,25g,- e expressiva quantia de dinheiro - R$ 1.636,00 -, quando indicado como pessoa responsável pela venda de tóxicos no banheiro), que o paciente se dedicava 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. […]
9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena.
(HC 357.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

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. 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 acusado, que este 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, quais sejam, a variedade e a expressiva quantidade das drogas apreendidas (148 flaconetes de cocaína e 107 invólucros plásticos de maconha), a não comprovação de atividade lícita e os indícios de que a produção da droga pelo o réu não se deu de forma artesanal.*
> *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. Ordem não conhecida.*
> *(HC 325.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015)*

No que se refere ao pleiteado de reconhecimento da causa especial de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, assim consignou a Corte de origem:

> *Infere-se dos autos que a apelante não é uma traficante ocasional, exercia o mercadejo de entorpecentes por longo período, fato confirmado especialmente pelas declarações dos usuários, que informaram que M.E. vendia drogas há vários meses e que, normalmente, dedicava-se ao comércio de grande quantidade de compridos, ao passo que não era raro os usuários comprarem, conjuntamente, grande quantidade de entorpecentes da apelante.*
> *Além disso, a grande quantidade de compridos de ecstasy que eram injetados pela ré nas festas em casas noturnas de Joaçaba evidenciam clientela formada e vasta distribuição de narcóticos, indicando que M.E. era dedicada á atividade criminosa e fez do tráfico de drogas, por um bom período, seu meio de vida, apesar da condição social e financeira privilegiada.* (e-STJ, fls. 1160/1161)

Como visto**,** a minorante foi negada com fundamento no fato da agente fazer da traficância o seu modo de vida, circunstâncias estas que em conjunto demonstrariam que o recorrente se dedica à prática de atividades criminosas.

Sobre a aplicação da benesse, este Sodalício firmou o entendimento de que "*a criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização*" (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido *bis in idem*, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

Contudo, como já assinalado, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o que afasta a alegada ocorrência de *bis in idem*.

Na mesma direção:

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E OS PARADIGMAS. NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PARA DISCUTIR ACERTO OU DESACERTO DE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL.*
> *ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. […]*
> *3. O acórdão embargado encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte segundo a qual "a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem" (AgRg no AREsp. 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016).*
> *4. Incide, na espécie, a Súmula n. 168/STJ, segundo a qual, "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".*
> *5. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg nos EREsp 1408612/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGA NÃO SIGNIFICATIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO.*

INVIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. […]
4. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida. Precedentes.
5. Concluído pela instância antecedente, com fulcro nos elementos colhidos na instrução e com base nas circunstâncias fáticas do delito (ausência de comprovação de atividade lícita associada ao fato de ter sido surpreendido com certa quantidade de droga - 1 pino de cocaína, pesando 0,58g, e 7 porções de maconha, pesando 7,25g,- e expressiva quantia de dinheiro - R$ 1.636,00 -, quando indicado como pessoa responsável pela venda de tóxicos no banheiro), que o paciente se dedicava 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. […]
9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena.
(HC 357.934/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

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. 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 acusado, que este 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, quais sejam, a variedade e a expressiva quantidade das drogas apreendidas (148 flaconetes de cocaína e 107 invólucros plásticos de maconha), a não comprovação de atividade lícita e os indícios de que a produção da droga pelo o réu não se deu de forma artesanal.
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. Ordem não conhecida.
(HC 325.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015)

Pelos mesmos fundamentos, mesmo se decotado o prazo em que o réu permaneceu preso, não há espaço para mudar o modo do regime de cumprimento da sanção corporal, diante da valoração negativa da natureza e quantidade da droga apreendida, as quais ensejaram, inclusive, a manutenção da pena na terceira fase da

dosimetria.

Veja-se:

> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. (...)*
> *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. DETRAÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. AVALIAÇÃO NEGATIVA DE PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MANUTENÇÃO DO MODO FECHADO DE EXECUÇÃO.*
> *1. O artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal prevê que, quando da prolação da sentença condenatória, "o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".*
> *2. Desse modo, cumpre ao juízo da condenação abater o período da prisão processual para a escolha do modo de execução, afigurando-se ilegal a inobservância do aludido dispositivo processual penal pela autoridade impetrada sob o argumento de que não dispunha de "elementos de natureza subjetiva que revelassem o mérito do condenado para viabilizar a progressão de regime".*
> *3. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.*
> ***4. Ainda que abatido o período em que o réu ficou preso preventivamente antes da prolação da sentença condenatória - aproximadamente 7 (sete) meses - o que resulta em sanção final maior que 4 (quatro) anos e que não supera 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram avaliadas negativamente, o que impõe a manutenção do modo de execução mais gravoso. Precedentes.*** *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena cominada ao paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.*
> *(HC 362939 / SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, Julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018)*
>
> *PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTO CONCRETO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante,*

> *abuso de poder ou teratologia.*
> ***2. A natureza e a quantidade da droga apreendida (50 gramas de cocaína) são fundamentos suficientes para fixação do regime mais gravoso e para o indeferimento de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.***
> *3. Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 336696 / SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 07/04/2016, DJe 19/04/2016)*

Com relação ao pedido de alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o aberto ou semiaberto, verifica-se que o acórdão recorrido encontra-se alinhado com a jurisprudência desta Corte Superior, pois os fundamentos adotados para a manutenção do regime fechado levaram em consideração a quantidade e natureza da droga apreendida, veja-se:

> *Na hipótese, não se agraciou a apelante com a benesse do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas por conta da habitualidade criminosa, aplicando-se-lhe reprimenda corporal superior a 4 (quatro) anos, mais precisamente de 05 (cinco) anos, e trata-se de comercialização de droga de altíssimo poder deletério (ecstasy), razão pela qual o reqime inicial fechado deve ser preservado.* (e-STJ, fl. 1163)

Além disso, verifica-se que a pena-base foi exasperada com fundamento no artigo 42 da Lei de Drogas, o justifica a manutenção do regime mais gravoso para cumprimento inicial da pena.

A propósito, destacam-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 42 DA LEI ANTIDROGAS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. In casu, o entendimento registrado pela origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior firmada no sentido de que a significativa quantidade de droga, circunstância do delito que pressupõe a dedicação à atividade criminosa, revelando-se suficiente a afastar a aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.*
> ***2. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, o regime fechado (o mais gravoso, segundo o quantum da sanção aplicada) é o correto à prevenção e à reparação do delito, considerada a natureza e a quantidade da droga apreendida, elencadas legalmente como circunstância preponderante (HC 361.407/SP, desta relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 2/9/2016).***
> *3. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no REsp 1647740 / SP, Rel. Ministro JOEL ILAN*

PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. ACUSADO QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.
1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.
2. A Corte local deixou de aplicar a minorante respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram que o acusado, há anos, dedica-se à atividade criminosa.
3. Desconstituir os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias demanda ampla incursão no acervo fático-probatório dos autos, tarefa para a qual não se presta o habeas corpus.
4. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).
5. Caso em que as instâncias de origem estabeleceram o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda com fundamento nas circunstâncias judiciais negativas e na quantidade e na natureza das substâncias entorpecentes apreendidas. Precedentes.
6. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgInt no HC 477416 / SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 12/02/2019, DJe 01/03/2019)

Do mesmo modo, não satisfeito o requisito objetivo do artigo 44, inciso I, do CP, ou seja, a pena fixada é superior a 4 anos, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. ERESP 1.431.091/SP. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS A AFASTAR O BENEFÍCIO. REGIME PRISIONAL

FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP, E ART. 42 DA LEI DE DROGAS). SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

III - O paciente ostenta circunstância judicial desfavorável que elevou a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42, da Lei de Drogas. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

IV - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido.

(HC 479581 / SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios), nos exatos termos do art. 71 do Código Penal.

2. Hipótese em que o Tribunal a quo entendeu não verificados os elementos objetivos e nem o liame entre uma ação delituosa e outra, sobretudo em razão da distinta forma de execução dos crimes. Para se concluir em sentido diverso, seria necessário o revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência incabível no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

3. O quantum estipulado (4 anos e 4 meses de reclusão) impede a fixação de regime menos gravoso do que o semiaberto, bem como a

> *substituição da pena corporal por restritivas de direitos, conforme art. 33, §2º, "b", e art. 44, I, ambos do Código Penal.*
> *4. Ordem denegada.*
> *(HC 420306 / SP, Relª. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018)*

Ante o exposto, com fundamento no artigo 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **nega-se provimento ao recurso especial**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de março de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator