HABEAS CORPUS Nº 492.638 - SP (2019/0037930-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JESSICA ANTONIELLI PORFIRIO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	NILTON PAIVA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	ALEX GOMES PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de JESSICA ANTONIELLI PORFÍRIO DOS SANTOS, NILTON PAIVA DA SILVA e ALEX GOMES PEREIRA apontando como autoridade coatora a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000048-95.2016.8.26.0616, assim ementado (e-STJ fls. 152-182):

> *APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de substância entorpecente e associação para o trágico (arts. 33 e 35, ambos da lei nº 11.343/06) 3 Réus – Recurso Defensivo – Preliminar: Nulidade da r. Sentença pela inobservância dos dispositivos legais – INADMISSIBILIDADE – Aumento da pena devidamente fundamentado – Critério trifásico respeitado. MÉRITO: Absolvição – ADMISSIBILIDADE EM PARTE – Absolvição do delito previsto no art. 35, da Lei nº 11.340/06 – prova frágil no sentido do vínculo permanente – absolvição de rigor aos Apelantes. Pena-base fixada no mínimo legal – IMPOSSIBILIDADE – Grande quantidade de entorpecente. Afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06 – INVIABILIDADE – Prova segura do envolvimento da adolescente na prática do delito. Inconstitucionalidade da pena de multa encontra-se de acordo com os preceitos legais e constitucionais. Detração – INVIABILIDADE – O pedido para que seja efetuada a detração penal deverá ser analisado pelo Juízo de Execuções Penais.Redução das penas e inviabilidade do regime mais brando e aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/03 – Traficantes não ocasionais. Regime fechado (Artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal)*

Noticiam os autos que o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itaquaquecetuba condenou NILTON PAIVA e JESSICA ANTONIELLI nas penas dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, cada um, a 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.400 dias-multa. Pelos mesmos delitos, condenou ALEX GOMES a 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 1.283 dias-multa (e-STJ fls. 42-50).

O TJSP deu parcial provimento à apelação da defesa para absolver os pacientes da imputação do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, tendo mantido a condenação pelo narcotráfico, mas reduzido as penas de: *a)* ALEX GOMES, para 5 (cinco) anos e 10

(dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa; e *b)* JESSICA ANTONIELLI e NILTON PAIVA para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa (e-STJ fls. 152-182).

Os embargos de declaração foram acolhidos apenas para sanar omissão, sem alterar o julgado (e-STJ fls. 187-193).

Segundo a impetração (e-STJ fls. 1-14), os pacientes sofreriam constrangimento ilegal, em resumo, porque fariam jus à causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo, pois são primários, possuem bons antecedentes, não se dedicam a atividades criminosas nem integram organização criminosa.

Acrescentam que a pena-base teria sido exasperada e o tráfico privilegiado afastado com fundamento na quantidade do entorpecente apreendido, o que caracteriza indevido "bis in idem".

Argumenta, ainda, que o regime prisional é mais severo do que o quantum da pena privativa de liberdade, tendo sido fixado sem fundamentação idônea, contrariando as Súmulas n. 718 e 719/STF.

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja reconhecido o tráfico privilegiado e, em consequência, o regime prisional seja abrandado. Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena-base ao patamar mínimo.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 197-198).

As informações encontram-se às e-STJ fls. 203-405 e 407-456.

Em parecer (e-STJ fls. 458-462), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, III, da Constituição da República, circunstância que impede o seu conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, veja-se (grifos acrescidos):

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL. NÃO CONFIGURADA. [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *[…]*
> *III - 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.*
> *IV - Depreende-se da análise do presente feito que a decisão ora combatida não revela a mencionada ilegalidade, sobretudo no que toca à exigência da prática de ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva, encontrando-se em conformidade com o entendimento, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto desse Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.*
> *[…]*

Agravo regimental desprovido.
(AgRg no HC 465.432/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019)

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício deste Superior Tribunal de Justiça com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Verifica-se que o TJSP se manifestou com os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 168-177):

[…]
DA DOSIMETRIA DA PENA.
a) Do Apelante Alex
A pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, ou seja, com aumento na fração de 1/5 (um quinto), a qual fixo no mínimo legal, ou seja, em 1/6 (u sexto), o que perfez a pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no mínimo legal, tendo em vista a quantidade de entorpecente a qual mantenho.
O artigo 42, da Lei nº 11.343/2006 prevê, de forma expressa, que na fixação das penas o Juiz considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Código Penal: "a quantidade da substância ou do produto", de modo que tal circunstância constitui elemento hábil a ser considerado para agravar a pena.
[…]
Porquanto a quantidade de droga apreendida, quase 1.100kg entre cocaína e maconha, justifica a exasperação da pena-base na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal.
[…]
Cumpre consignar, que não é possível desconsiderar a quantidade de droga apreendida, que por si só, não pode ser considerada como circunstância judicial positiva, assim, correta a possibilidade de agravar a pena.
A propósito, nunca é demais lembrar que nenhum acusado tem o direito subjetivo à pena mínima, nem mesmo os primários e possuidores de bons antecedentes.
[…]
Na segunda fase, diante da confissão, mantenho a pena no mínimo legal, o que perfaz em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no mínimo legal.
Na terceira e última fase, mantenho o aumento da pena pela causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, o que perfaz em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no mínimo legal.
Não há o que se falar em aplicação do benefício previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06.
Deveras o reconhecimento do chamado tráfico privilegiado

pressuporia o preenchimento, no caso, pelo recorrente, cumulativamente dos requisitos legais da primariedade, bons antecedentes, que não se dedicassem às atividades criminosas e não integrassem organização criminosa. Por certo, ao lado dos conceitos de primariedade e bons antecedentes, os dois outros requisitos, novos, nada mais fazem do que elastecer, no âmbito da discricionariedade judicial, em nada incompatível com os postulados constitucionais, a valoração normativa incidente sobre o histórico jurídico-pessoal do agente, de sorte a exigir, um perfil de retidão e probidade, a distingui-lo do traficante profissional.

Neste sentido, se pode dizer que somente o traficante comprovadamente episódico e sem nenhuma expressão de periculosidade social, pode ser destinatário desse autêntico favor legis.

No caso, em que pese a primariedade e a ausência de antecedentes do réu, as circunstâncias de sua prisão independe da quantidade de droga apreendida, demonstra que não se tratava de pequeno traficante em sua primeira atividade, iniciante ou de primeira viagem, pois a quantidade de drogas apreendidas mostra o conhecimento e o envolvimento dele com o submundo do narcotráfico, não fazendo jus ao redutor.

No caso em tela, inarredável a conclusão de que, a quantidade de entorpecentes apreendidos, demonstra que o recorrente não era pequeno traficante. Portanto, não faz jus à redução de pena, eis que a intenção do legislador é apenar com maior severidade o grande traficante, facultando uma condenação mais branda ao pequeno, o que não é a hipótese dos autos.

[…]

Mantém-se o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena, nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal.

a) Dos Apelantes Nilton e Jessica

Na primeira fase, fixo a pena-base dos recorrentes na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal pela quantidade de entorpecente, pelo que a pena de cada qual resta fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no mínimo legal.

Na segunda fase, ausente circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, a pena permanece em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no mínimo legal para cada Apelante.

Na terceira e última fase, a pena dos recorrentes deve ser aumentada na fração de 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, o que perfaz a pena em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, fixados no mínimo legal para cada recorrente.

Deixo de aplicar a causa de redução da pena prevista no

> *artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 pelos mesmos motivos acima explicitados ao recorrente Alex.*
> *Mantém-se o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena, nos termos do que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal.*
> *[…]*

Da leitura do excerto, observa-se que o TJSP elevou a pena-base acima do patamar mínimo (em 1/6), em função da quantidade do entorpecente apreendido: quase 1.100Kg entre cocaína e maconha.

Na terceira fase do cálculo da pena, o Tribunal de origem considerou que os recorrentes não deveriam ser beneficiados pela causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois a quantidade dos entorpecentes apreendidos demonstrava que se dedicavam a atividades criminosas. Constata-se que a maneira de apresentação do entorpecente afasta "qualquer ideia de ação amadora e incipiente, típica de agente não afeito a atividades ilícitas ou que não se dedica a alguma organização criminosa" (HC 394.346/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018).

É sabido que "a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4° do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem." (AgRg no HC 296.344/SP, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 09/05/2018).

Consoante referido pelo Exmo. Ministro Joel Ilan Paciornik no julgamento acima referido, "trata-se de hipótese diversa daquela discutida 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, § 4°, da Lei 11.343/2006' (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014)".

A propósito, confira-se, ainda, o seguinte julgado da Sexta Turma:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. **CONCLUSÃO DE QUE OS RECORRIDOS INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA.**
> 1. **Não há falar em ilegalidade quando a exasperação da pena-base quanto ao delito de tráfico de drogas dá-se em razão da quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 for negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto (além da quantidade e natureza da droga apreendida), que os acusados dedicavam-se a atividades criminosas ou integravam organização criminosa.**
> 2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1744989/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CULPABILIDADE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL. MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA, COM A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

1**. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. Em outros termos, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas**.

2. A Corte de origem deslocou a análise acerca da natureza e da grande quantidade de drogas apreendidas em âmbito interestadual somente para a terceira fase da dosimetria, justamente para não incorrer no inadmissível bis in idem. E, ao assim proceder, concluiu pela impossibilidade de aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque - dentro do seu livre convencimento motivado - considerou que a dinâmica em que houve a apreensão de elevada quantidade de drogas (transporte de quase 13 quilos de crack e manutenção em depósito de quase 200 gramas da mesma substância), em contexto de tráfico interestadual, não se compatibilizaria com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas. 3. Justamente por haverem sido apontados elementos concretos e idôneos que evidenciam a dedicação da paciente a atividades criminosas (no caso, ao narcotráfico), diversos dos que foram mencionados para fins de exasperação da pena-base, não há falar em ofensa ao princípio do ne bis in idem e, por conseguinte, não há como aplicar, em favor da acusada, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

4. **Não há nenhuma incongruência no fato de as instâncias ordinárias haverem absolvido a paciente em relação ao delito descrito no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 e, ao mesmo tempo, negado a incidência da minorante em questão. Isso porque os elementos aferidos para fins de caracterização ou não do crime de associação para o narcotráfico (estabilidade e permanência da associação) são diferentes dos fatores sopesados a fim de avaliar o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas e, portanto, verificar se é devida ou não a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.**

5. As instâncias ordinárias, em nenhum momento, apontaram fundamento concreto e específico dos autos que, efetivamente, justificasse a compreensão acerca do acentuado grau de reprovabilidade da agente pela conduta delituosa praticada, motivo pelo qual não há como subsistir o

aumento efetivado na primeira fase da dosimetria, a título de culpabilidade desfavorável. Ilegalidade sanável, de ofício.
6. Ordem denegada. Habeas corpus concedido, de ofício, para afastar a desfavorabilidade da circunstância judicial relativa à culpabilidade, reduzir a pena-base da paciente para o mínimo legal e, por conseguinte, tornar a sua reprimenda definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa.
(HC 373.221/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 16/04/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. **EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA AO TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIA E ESPÉCIE DA SUBSTÂNCIA UTILIZADAS PARA EXASPERAR A SANÇÃO INICIAL E PARA AFASTAR A MINORANTE. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO**. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.
[...]
3. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.
4. Hipótese em que as instâncias antecedentes, atentas às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a quantidade e a natureza da droga apreendida - 846g de cocaína - para fixar a pena-base em 1 ano acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.
5. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.
6. Concluído pela Corte estadual, com fulcro na quantidade da droga, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.
7. **Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM. 8. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos de**

reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.
9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).
10. Habeas corpus não conhecido.
(HC 433.619/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. [...] PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (2KG DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. **INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF.** INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006, INAFASTÁVEL A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
[...]
3. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do crime - tráfico como meio de vida, além da quantidade da droga apreendida, 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**.
5. No tocante à causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, inafastável a incidência da Súmula n. 7 deste Tribunal, porquanto "cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu e a incidência de eventuais causas de aumento e de diminuição de pena" (AgRg no REsp 1643793/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/03/2017).
Agravo regimental desprovido.
(AgRg nos EDcl no REsp 1673113/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

Diversamente do que afirma a impetração, o regime prisional inicial foi fixado em modalidade mais severa do que a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada com fundamentação idônea no exame desabonador de circunstâncias do art. 59 do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, em função do exame desabonador das circunstâncias do art. 59 c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XX, do Regimento Interno

do Superior Tribunal de Justiça, **não se conhece** do presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO **JORGE MUSSI**
Relator