

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 517.494 - SP (2019/0181887-7)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : JOSIEL ANTONIO NOGUEIRA
ADVOGADO : JOSIEL ANTONIO NOGUEIRA - SP379447
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON APARECIDO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **CLEITON APARECIDO DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi sentenciado à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 484-506).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão de fls. 711-718.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 720-724).

No presente **mandamus**, o impetrante alega, preliminarmente, "*nulidade da prova constituída a partir do procedimento de interceptação telefônica*" (fl. 7).

Afirma que "*não se encontram nos autos as decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico do paciente, nem mesmo as que autorizaram as sucessivas prorrogações. Há, em boa parte, apenas os ofícios enviados, comunicando a autorização da interceptação, o que impossibilita a análise do conteúdo das decisões proferidas*" (fl. 8).

Sustenta que "*a ausência de decisão fundamentada eiva de ilicitude a prova colhida, em patente violação ao artigo 5º, LVI, da*

Superior Tribunal de Justiça

Constituição Federal. De fato, sem a juntada das decisões torna-se impossível exercer o efetivo contraditório e assegurar a ampla defesa do paciente" (fl. 8).

Aduz, ainda, "que não há transcrição completa das interceptações realizadas, como prevê o artigo 6º, parágrafo 1º, da lei referida, mas, tão- somente, de certos trechos, considerados de interesse pericial, inviabilizando o conhecimento sobre todo o conteúdo interceptado e, inclusive, a realização de incidente de inutilização dos trechos de conversa que não interessarem à prova, para preservar o direito ao sigilo do paciente" (fl. 8).

Argumenta que "a prova ilícita contaminou todas as provas carreadas ao processo e, portanto, nulos são todos os atos processuais" (fl. 12).

E pleiteia, ainda, se for o caso, a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois trata-se de paciente primário e que não integra organização criminosa.

No mérito, alega ausência de provas para a condenação do ora paciente.

Assere que, "ainda que a materialidade tenha sido demonstrada pelo laudo pericial, a autoria debitada ao paciente não restou comprovada, pois Cleiton foi preso sozinho, em local diverso do citado pelos policiais e com ele nada de ilícito foi encontrado" (fls. 13-14).

Fundamenta que "jamais se aferiu a estabilidade da suposta associação, motivo pelo qual resta inviabilizada a condenação" (fl. 16).

No que concerne à dosimetria da pena, ressalta que "configura bis in idem utilizar a gravidade e quantidade da droga apreendida para, ao mesmo tempo, fixar da pena-base acima do mínimo legal e não aplicar o patamar de redução da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006" (fl. 17).

Defende que "ao exigir que o agente seja primário, o artigo 33,

Superior Tribunal de Justiça

§4º, da Lei nº 11.343/06, indubitavelmente, exige que o agente não seja reincidente específico. Em que pese à ausência de clareza do mencionado dispositivo legal, entendemos que as circunstâncias negativas inerentes à reincidência e/ou maus antecedentes devem estar associadas tão somente aos delitos tipificados no Capítulo III da Lei 11343/2006" (fl. 19).

E conclui que, "na fixação da reprimenda, ainda, deve-se recordar que a circunstância da reincidência jamais poderá ser duplamente valorada, tanto na exasperação da pena, quanto na vedação da aplicação do redutor previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, sob pena de estar configurado o *bis in idem*" (fl. 19).

Requer, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que seja declarada a nulidade do feito desde o recebimento da denúncia, ou, "ao restar provado que o paciente não concorreu para a infração penal, ou que não existe prova suficiente para a sua condenação que seja este absolvido das imputações que lhe recaem" (fl. 20).

Alternativamente, pugna sejam acolhidas as teses subsidiárias relativas à dosimetria da pena.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 773-776.

Informações prestadas às fls. 781-911.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 915-926, pelo não conhecimento do **writ**, e, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer com a seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA COLHEITA DE PROVA. NULIDADE NÃO ARGUIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DOSIMETRIA DA PENA. A MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/6 DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA MOSTRA-SE PROPORCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, firmou orientação no sentido de não admitir **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.

Diante das alegações expostas na inicial, entretanto, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Ao que se depreende da leitura dos v. acórdãos proferidos nos autos da Apelação Criminal n. 0005627-06.2015.8.26.0019 (fls. 711-718), e dos Embargos de Declaração (fls. 720-724), **objetos da presente impetração**, o eg. Tribunal **a quo não analisou** a suposta "*nulidade da prova constituída a partir do procedimento de interceptação telefônica*" (fl. 7).

Em outras palavras, não houve manifestação da eg. Corte de origem, repita-se, com relação às teses de nulidade da ausência das decisões que decretou a interceptação telefônica e suas prorrogações no bojo dos autos, da falta de fundamentação e de transcrição completa dos diálogos e da ilícita contaminação das demais provas produzidas a partir das interceptações.

Desta forma, se o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca da **questão** ventilada na presente impetração, consoante acima exposto, fica impedida esta Corte de proceder à sua análise, sob pena de **indevida supressão de instância**.

Nesse sentido, as seguintes decisões: HC 379266/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 28/06/2017, HC 399447/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/06/2017, HC 402364/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 09/06/2017.

Destaco, sobre a matéria, os seguintes julgados do col. Supremo Tribunal Federal:

Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. *Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.* 2. *Indevido emprego do habeas corpus como sucedâneo recursal ou revisão criminal. Precedentes.* 3. ***Inviável o exame de tese defensiva não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.*** 4. *Agravo regimental conhecido e não provido."* (HC 141895 AgR, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Rosa Weber**, julgado em 26/05/2017, DJe-133 PUBLIC 20-06-2017)

"*Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico com envolvimento de menores. Condenação em primeiro grau. Negado o direito de recorrer em liberdade. Réu que permaneceu solto durante parte da instrução criminal.* 3. *Alegações: a) de ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no artigo 312 do CPP; b) desnecessidade da medida extrema, em razão de o acusado ter respondido em liberdade aos atos do processo, inexistindo fatos novos a justificar a segregação preventiva; e c) nulidade das interceptações telefônicas realizadas no curso da investigação criminal.* 4. *Demonstrada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. Evidenciada a possibilidade, concreta, de reiteração delitiva, pois, após, ser colocado em liberdade, o paciente continuou a praticar as mesmas condutas, permanecendo associado e intensificando as ações voltadas para o tráfico.* 5. ***Nulidade das interceptações telefônicas. Dupla supressão de instância. Matéria não apreciada pelo Tribunal de origem, nem pelo STJ. Precedentes. Matéria não conhecida.*** 6. *Ausência de constrangimento ilegal a ser reparado. Ordem parcialmente conhecida e nesse ponto, denegada."* (HC 140733, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgado em 09/05/2017, DJe-105 PUBLIC 22-05-2017)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 932, III, CPC (ART. 3º DO CPP). ART. 34, XVIII, "A", E XX, DO RISTJ. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME CONTRA RELAÇÃO DE CONSUMO. LAVAGEM DE DINHEIRO. ALEGADA NULIDADE. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFIGURADA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OBSERVADA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

II - "Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte" (RHC 81.284/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30/8/2017).

III - Inviável o conhecimento por esta Corte de Justiça de matéria não analisada pelo eg. Tribunal de origem, ainda que se trate de suposta nulidade absoluta, configurada a supressão de instância. Precedentes.

IV - Não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional, quando é evidente a possibilidade de apresentar a matéria ao eg. Tribunal de origem em sede de recurso de apelação criminal, considerando a superveniência de sentença penal condenatória.

V - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido." (AgInt no HC 441.550/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 27/04/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Inviável a apreciação da alegada inadequação do regime prisional fixado na sentença, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância, considerando a ausência de manifestação do eg. Tribunal de origem sobre a questão.

DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. DUAS

Superior Tribunal de Justiça

CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

2. Na hipótese, o aumento da pena ocorreu em fração superior a 1/3 (um terço), em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

3. Agravo regimental improvido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao agravante, que passa a ser de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, calculados conforme determinado na sentença condenatória." (AgRg no HC 425.034/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 02/04/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA PREVIAMENTE SUBMETIDA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR MEIO DE HABEAS CORPUS. MERA REITERAÇÃO NO ÂMBITO DO RECURSO ORDINÁRIO. LITISPENDÊNCIA. ILEGALIDADE DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. **Hipótese na qual o recurso ordinário interposto consiste em mera reiteração de pedido formulado no HC n. 426.876/PE, que não foi conhecido por esta Turma em 6/2/2018.**

2. **Embora o recurso ordinário em habeas corpus consista no meio próprio para a apreciação da irresignação, a defesa optou por impetrar, também, habeas corpus substitutivo, o qual primeiramente foi despachado nesta Corte. Desse modo, a tese idêntica não pode ser simultaneamente analisada em impetrações/interposições posteriores.**

[...]

5. Assim, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

6. **Agravo regimental desprovido.**" (AgRg no RHC

Superior Tribunal de Justiça

93.610/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 02/04/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO NOS CASOS DE CONDENAÇÃO A PENA SUPERIOR A 4 ANOS, QUANDO REINCIDENTE O RÉU. QUESTÃO REFERENTE À PRISÃO DOMICILIAR NÃO SUBMETIDA À ANÁLISE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o entendimento desta Corte, não existe ofensa ao princípio da colegialidade nas hipóteses em que a decisão monocrática do relator não conhece habeas corpus cujo pedido for contrário a entendimento jurisprudencial sedimentado, como se verificou no caso dos autos, sobretudo considerando que o julgamento colegiado do agravo regimental supre eventual vício da decisão agravada.

2. Por expressa previsão legal não é possível a fixação de regime semiaberto a condenado, reincidente, em pena privativa de liberdade superior a 4 anos, como na hipótese dos autos.

3. A questão referente à prisão domiciliar não foi analisada pelas instâncias ordinárias. Assim, a sua apreciação, diretamente por esta Corte, acarreta indevida supressão de instância.

*Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 430.539/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe 02/04/2018, grifei)*

"PENAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não se conhece de matéria que não foi apreciada na origem, sob pena de supressão de instância. Ademais, mostra-se prematura a análise dos temas na via do habeas corpus, quando pendente de julgamento a apelação, recurso próprio à análise das aludidas alegações.

2. Reconsideração recebida como agravo regimental, a qual se nega provimento." (RCD no HC

Superior Tribunal de Justiça

435.508/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 14/03/2018)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não é possível conhecer do habeas corpus quando caracterizadas a deficiente instrução do feito e a indevida supressão de instâncias. Além da falta de cópia do aresto impugnado, a pretensão de afastamento da revelia e do art. 366 do CPP foi deduzida diretamente neste Superior Tribunal, sem análise prévia do Juiz de primeiro grau e do Tribunal de Justiça.

2. A pretensa ilegalidade não exsurge da mera leitura da sentença e do acórdão impugnados, o que impede a aplicação do art. 654, § 2º, do CPP.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 427.049/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 26/02/2018, grifei)

No que concerne ao **pedido de absolvição do paciente**, seja porque não teria concorrido para a infração penal, ou ainda, que não existem provas suficientes para a condenação, bem como ao **redimensionamento da pena aplicada** pretendido pelo impetrante, **as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva dos crimes de tráfico e associação para o tráfico**, previsto no art. 33, **caput**, e no art. 35, **caput**, da Lei n. 11.343/2006.

Destacam-se os seguintes trechos da r. sentença condenatória e do voto condutor do v. acórdão impugnado, nessa ordem (fls. 713-716, grifei):

"Consta, ainda, que em data e horário incerto e local não previamente determinado, VALDIR PONTES PEREIRA, vulgo "Chico Bento", CLEITON APARECIDO DA SILVA, AMARO ALVES DA SILVA, vulgo "Cabeça" ou "Mário" e JEFERSON REDIGOLO DOS SANTOS associaram-se para o fim de praticarem, reiteradamente ou não, crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, envolvendo outro Estado da Federação (Mato Grosso), em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A materialidade delitiva afeioa-se incontestemente, demonstrando-a

Superior Tribunal de Justiça

o auto de exibição e apreensão, auto de constatação provisória de substância entorpecente, laudo de exame químico-toxicológico e prova oral coligida.

De igual forma, a autoria restou inequívoca.

Ouvidos em Juízo, os apelantes negaram a prática delitiva (mídia). Contudo, as versões exculpatórias apresentadas não contaram com a necessária demonstração de veracidade, restando dissociadas do conjunto probatório amealhado.

Com efeito, as declarações das testemunhas de acusação, assim como o procedimento de interceptação telefônica, comprometem sobremaneira os recorrentes.

As testemunhas de acusação, Policiais Civis, prestaram depoimentos coerentes e harmônicos, descrevendo detalhadamente as diligências que culminaram com a prisão em flagrante dos acusados, secundando os termos da acusação.

Os Agentes da Lei informaram, em suma, que receberam denúncia anônima dando conta de que o réu Amaro traficava na região, juntamente com o réu Valdir. Em campanhas e em escutas telefônicas judicialmente autorizadas, verificaram que Valdir possuía um comércio, denominado restaurante “Chico Bento”, onde ele negociava entorpecentes, sendo que Amaro mantinha conversa com uma mulher do Estado de Mato Grosso, a qual fornecia droga para Valdir. Apuraram também que uma pessoa de nome Ronaldo, da cidade de Ribeirão Preto, teria ido por duas vezes a Americana para comprar drogas de Valdir. No dia da prisão, abordaram o réu Amaro e foram na chácara dele na cidade de Limeira, onde localizaram oito mil reais em dinheiro, cuja procedência ele não soube esclarecer. Apuraram ainda que o réu Cleiton iria se encontrar com Valdir, sendo que o primeiro estava parado com seu veículo, ocasião em que Valdir chegou e jogou um objeto pelo vidro do veículo, e constataram tratar-se de um tijolo de cocaína, de aproximadamente um quilo. Dirigiram-se até a chácara de Valdir, ocasião em que ele foi abordado e nas buscas na casa localizaram dois mil reais, celulares alvo das interceptações e anotações de contabilidade do tráfico. Com Cleiton foram apreendidos cinco celulares, sendo que dois deles estavam sendo interceptados. Apreenderam nota fiscal em nome de Jeferson, referente a compra de uma prensa, em um dos veículos utilizados por Valdir, objeto que não foi localizado (mídia).

As testemunhas de defesa não foram capazes de desmentir a culpabilidade dos réus nos fatos (mídia).

Como se pôde verificar, não há que se questionar a existência de liame subjetivo entre os apelantes para a prática do delito de tráfico de drogas, que ficou devidamente comprovada, levando-se em conta as provas trazidas aos autos, que foram totalmente corroboradas pela prova testemunhal acusatória, plenamente coerente e harmônica.

De fato, os depoimentos dos agentes públicos foram uniformes e incontroversos ao descreverem com riqueza de detalhes os fatos conforme a denúncia, sendo convincentes e válidos, mormente porque apoiados em outros elementos de convicção. No mais, não se vislumbra nenhum motivo para incriminarem falsamente os acusados.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, a valoração do depoimento de policiais obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar-lhe a condição funcional como fator de inidoneidade.

[...]

É certo que o artigo 33, da Lei 11.343/06 retrata um tipo misto alternativo, isto é, quaisquer das condutas descritas no dispositivo legal caracterizam o crime em apreço.

Em razão disso, a conduta punível não é apenas vender ou expor à venda substância entorpecente, mas, também, trazer consigo, ter em depósito, guardar substância entorpecente sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ademais, por ser crime de perigo abstrato, pune-se a conduta pelo risco que ela representa à saúde pública, não havendo a necessidade de prova da efetiva prática de ato de mercancia, bastando que o agente traga consigo, guarde ou mantenha em depósito substância entorpecente com finalidade de venda.

Da mesma forma, restou indubitavelmente comprovado que os apelantes associaram-se de forma estável para o fim de praticarem o tráfico de entorpecentes, configurando o delito previsto no artigo 35, caput, da Lei 11.343/06, diante da prova coligida aos autos, que denota o animus associativo de organização habitual que resiste no tempo.

[...]

Assim, tendo em vista o conjunto probatório seguro (a existência de informações prévias dando conta da prática do tráfico pelos acusados; o procedimento de interceptação telefônica; a prova oral acusatória; a vultosa quantidade de droga apreendida; a apreensão de anotações relativas ao tráfico, de prensa e de expressiva quantia em dinheiro sem origem e as circunstâncias do caso concreto), o édito condenatório, nos moldes como lançado, era mesmo imperativo."

Ademais, rever este entendimento para absolver ou redimensionar a pena do paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **habeas corpus**. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

**"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO.
HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO
PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. NECESSIDADE DE
GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO
FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS**

Superior Tribunal de Justiça

CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. 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.

3. No caso dos autos, o paciente encontra-se foragido desde a data dos fatos - maio de 2006 -, o que autoriza sua prisão preventiva, como forma de assegurar a futura aplicação da lei penal.

4. **É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.**

5. **Habeas corpus não conhecido**" (HC 352.113/PB, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 21/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FRAGILIDADE DAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA ESTREITA VIA DO WRIT.

1. Existindo nos autos suporte probatório apto a amparar a decisão dos jurados pela condenação do recorrente, não há que falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos.

2. **A análise do pleito de absolvição por insuficiência de prova demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inadmissível pela via do writ.**

3. **Recurso em habeas corpus improvido**" (RHC 42.526/MG, Sexta Turma, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 7/3/2016).

De igual modo, a pena aplicada ao paciente pelo eg. Tribunal de origem não merece qualquer reparo, considerando as peculiaridades do caso, de modo que a sua reanálise demandaria o reexame do conjunto fático probatório.

Nada obstante, como é cediço, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e

mínimas cominadas ao delito.

Além disso, o art. 42 da Lei 11.343/2006 prescreve que *"O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente"*.

Dessa forma, a quantidade, a natureza e a diversidade de entorpecentes constituem fatores preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes. Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REGIME INICIAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGAS). REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

III - O art. 42 da Lei 11.343/2006, determina que, na fixação da reprimenda, além das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, sejam também consideradas, com preponderância, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, haja vista que, no tráfico de entorpecentes, tais fatores são relevantes, tendo a finalidade de conferir isonomia aos infratores, dando tratamentos desiguais para os que são diferentes.

IV - Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas com o paciente, revelaram-se aptas a majorar a pena-base, fundamentação que se encontra dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, inexistindo flagrante desproporcionalidade ou ilegalidade a justificar a sua redução.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

Agravo regimental não provido". (AgRg no HC 392.731/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 25/10/2017, grifei).

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUALIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL.

AUMENTO PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS TAMBÉM UTILIZADAS NA TERCEIRA FASE DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda básica acima do mínimo legal, em razão da quantidade e diversidade de tóxicos apreendidos, encontra-se devidamente justificada e proporcional as especificidades do caso versado. Precedentes.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para para absolver o paciente do crime de associação para o tráfico e para reduzir a reprimenda que lhe foi imposta quanto ao delito do artigo 33 da Lei 11.343/2006 para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado". (HC 416.867/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 06/11/2017, grifei).

Sobre o tema, colhe-se o seguinte trecho da r. sentença condenatória e do o v. acórdão fustigado, **verbis**:

[Sentença]: *"Passo a dosar a pena.*

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, tendo em vista a extrema nocividade da cocaína, exigindo especial rigor no combate ao seu tráfico, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, pela necessidade de impor aos traficantes pena de severidade correspondente ao elevado risco que o comércio dessa nefanda substância acarreta à saúde pública.

Os réus agiram reprovadamente com vontade livre e consciente, dirigida à prática de condutas que representam tráfico de cocaína, droga

Superior Tribunal de Justiça

especialmente perigosa, colocando em grave perigo a saúde pública, crescendo como circunstância a quantidade expressiva da droga, tendo como motivo o propósito de locupletamento, vale dizer, ganho fácil e espúrio.

A pena mínima, deve ser aplicada por exemplo àqueles que comercializam pequena quantidade de “maconha”, tóxico muito menos grave e nocivo que a cocaína, que envolve interesses de grupos altamente perigosos, que para a sua difusão e fabricação se organizam frequentemente em quadrilhas, patrocinando “chacinas”, segundo diariamente noticiado nos jornais. Destarte é indiscutível que a cocaína apresenta um perigo muito maior, uma maior potencialidade de dano social. Como dito acima, a cocaína frequentemente leva à morte, além de ser porta para outros tipos de tóxicos mais graves, como a heroína, por exemplo.

A propósito, julgando feito em trâmite por este juízo, assim decidiu a Egrégia 11ª Câmara Recursal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo relator foi o Desembargador Di Rissio Barbosa, do seguinte teor:

[...]

Além disso existe o imperativo legal do artigo 42 da Lei 11.343/2006, segundo o qual a quantidade e natureza da droga devem preponderar sobre as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal no momento de fixação da pena base, e no caso presente, é evidente a enorme quantidade de droga, notadamente de cocaína, demonstrando tratar-se de um verdadeiro centro distribuidor de drogas para toda a região.

Assim sendo, fixo a pena de seis anos de reclusão e seiscentos dias multa, para o delito de tráfico de entorpecentes e três anos de reclusão e setecentos dias multa para o delito previsto no artigo 35, ambos da Lei 11343/06, finalizando em nove anos de reclusão e hum mil e trezentos dias multa.

Os réus são reincidentes (cf. Certidão de fls. 500, 502 e 506), motivo pelo qual aumento a pena de um sexto, totalizando em sete anos de reclusão e setecentos dias multa para o delito de tráfico de entorpecentes, e três anos e seis meses de reclusão e oitocentos e dezesseis dias multa pra o delito de associação para o tráfico.

Na ausência de outras circunstâncias ou causas modificadoras, torno a pena definitiva.

O dia-multa é fixado no piso.

O regime inicial de cumprimento da pena é o fechado, nos termos do entendimento da jurisprudência (TJSP, 993.07.126969-7, 6ª Câmara, Rel. Des.MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, j. 25.02.201), de acordo com a Lei nº. 11.464, de 28 de março de 2007, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais a análise do eventual preenchimento dos requisitos para a concessão de progressão. Se assim não fosse, não teria sentido algum outro regime a ser fixado. O legislador, ao tratar o traficante de drogas equiparado a hediondo, negou-lhe vários benefícios que a outras espécies de criminosos seriam cabíveis, como fiança, indulto, sursis, liberdade provisória etc. Assim, não faria sentido que, condenados, esses infratores recebessem pena

Superior Tribunal de Justiça

alternativa ou cumprissem as reprimendas em regime diverso ao fechado." (fls. 497-502, grifei)

[Acórdão]: *"Passo à análise da dosimetria das penas.*

Atendendo aos critérios norteadores do artigo 42, da Lei 11.343/06, as básicas foram corretamente fixadas acima do mínimo legal, na fração de 1/5, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida.

Assim:

"Tratando-se de tráfico de entorpecente, na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga, pois se tratam de informações que demonstram o estágio de nocividade da substância para saúde pública, e o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, revelando a personalidade perigosa e voltada à prática criminosa" (STJ, HC 9.743- SP, 5ª T., j. 21-10-1999, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22-11-1999, RT 775/559).

Na sequência, as reprimendas foram acrescidas de 1/6, acertadamente, por serem os réus reincidentes (fls. 500, 502 e 506).

Incabível a incidência da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, haja vista restar plenamente evidenciado que os apelantes exerciam atividade criminosa com habitualidade, com vínculo associativo de fato estabelecido para fins de traficância, fazendo, assim, do nefasto comércio de tóxicos seu meio de vida.

Nesse sentido, posicionou-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...]

No que tange à pena de multa, foi imposta no valor mínimo, observando-se a mesma proporção adotada no critério trifásico de fixação da pena de reclusão, não merecendo reparo. Com efeito, não há falar em redução da pena de multa, diante da expressa previsão legal para a sua imposição (artigo 33, da Lei nº 11.343/06).

Com efeito, o legislador houve por bem sancionar o delito de maneira severa, estabelecendo a pena de multa em patamar condizente com tal realidade, considerando-se a nocividade do tráfico ilícito de entorpecentes para a saúde pública e seus efeitos deletérios.

Assim o fez, indubitavelmente, de modo a atender ao anseio da sociedade, a qual se vê refém da criminalidade fomentada pelo nefasto comércio de drogas, que afronta a ordem pública e ocasiona problemas de toda ordem, como os de saúde pública e a proliferação de diversos crimes reflexos.

Frise-se que a sanção pecuniária tem natureza de pena e, como tal, visa reprimir a conduta ilícita. Nesse diapasão, as penas de multa cominadas na Lei Antidrogas são elevadas em razão de política criminal específica para o combate ao tráfico de entorpecentes, crime de extrema

Superior Tribunal de Justiça

gravidade.

Tratando-se de delito equiparado a hediondo, impositivo o regime inicial fechado, o único capaz de prover ressocialização aos increpados, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Não se desconhece que, em recente julgado, o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da exigência do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados. Entretanto, por tratar-se de decisão de caráter incidental, não possui efeito vinculante ou erga omnes, limitando-se, portanto, ao caso concreto. Não fosse por isso, a reincidência dos réus igualmente recomenda a fixação de regime inicial mais gravoso, conforme julgados aos quais me filio.

O montante da pena imposta aos réus é incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos, ex vi do artigo 44, inciso I, do Código Repressivo.

Por fim, não merece acolhimento o pedido de restituição dos veículos apreendidos, eis que referidos bens foram utilizados na prática dos crimes.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS INTERPOSTOS, para que subsista a r. sentença guerreada, por seus próprios e jurídicos fundamentos." (fls. 716-718, grifei)

Dessa forma, extrai-se que a pena do crime de tráfico de drogas foi exasperada com base na quantidade, natureza e diversidade dos entorpecentes, revelando-se justificado e proporcional o aumento da pena aplicado na sentença. Quanto ao delito de associação, a pena-base foi fixada no mínimo.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS IDÔNEOS. READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Mantida apenas a aferição desfavorável da natureza (crack) e da diversidade das drogas apreendidas para o aumento da pena-base - 62 tijolinhos de maconha (53,8g) e 24 pedras de crack (5g), é suficiente o deslocamento da pena-base em 1 ano de reclusão acima do mínimo legal, atento ao disposto

Superior Tribunal de Justiça

no art. 42 da Lei de Drogas. Precedente.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e, por conseguinte, fixar a reprimenda definitiva do paciente em 7 anos de reclusão, mantido o regime fechado". (HC 396.285/RS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 14/8/2017)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. AMPLO REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA-BASE. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - No presente caso, o aumento da pena-base encontra-se devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - circunstâncias do crime -, desabonadas com base em elementos concretos, especificamente na natureza e na diversidade dos entorpecentes apreendidos (9,1 gramas de crack e 3,8 gramas de maconha), o que autoriza a exasperação da pena, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas. Além disso, a majoração da pena-base também se deu em razão da existência de maus antecedentes.

IV - O aumento da pena em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão mostra-se proporcional ante a natureza e diversidade de entorpecentes apreendidos, bem como pela existência de maus antecedentes, inexistindo flagrante desproporcionalidade no patamar escolhido que justifique a concessão da ordem de ofício.

Habeas corpus não conhecido" .(HC 386.685/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 26/5/2017).

Na segunda etapa do processo dosimétrico, as penas foram majoradas em 1/6 (um sexto), o que, a meu sentir, não se revela desproporcional ou exacerbado. Ao revés, encontra-se em consonância com os precedentes desta Corte.

No tocante ao pedido de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, razão não assiste ao

impetrante. **In casu**, houve fundamentação concreta para o afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que há nos autos notícias de *"apelantes exerciam atividade criminosa com habitualidade, com vínculo associativo de fato estabelecido para fins de traficância, fazendo, assim, do nefasto comércio de tóxicos seu meio de vida"*, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Assim, pelo que se depreende, a negativa da minorante não se fundamentou na reincidência, mas, sim, na existência de elementos que demonstraram que o paciente se dedicava, com habitualidade, às atividades criminosas, o que constitui óbice à concessão do benefício pretendido.

Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUMENTO DESPROPORCIONAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. CONCURSO MATERIAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. No 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

Superior Tribunal de Justiça

demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. *Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga "nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista", expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional.*

[...]

6. *Concluído pelas instâncias ordinárias, com fulcro na expressiva quantidade de entorpecente encontrado, assim como nas demais circunstâncias do delito, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração 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).

7. *Não há bis in idem quando, não obstante tenha sido valorada a quantidade da droga na primeira e na terceira etapa do cálculo da pena, há também outros elementos dos autos que, por si sós, evidenciam a dedicação do agente ao tráfico ilícito de entorpecentes.*

Precedentes.

[...]

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tão-somente, reduzir a pena-base pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tornando-a definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão mais 11 dias-multa" (HC 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 23/2/2017 - grifei).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DAS DROGAS APREENDIDAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA

QUE DENOTA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE BIS IN IDEM. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE, APESAR DE TEREM JUSTIFICADO A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, NÃO DEFINIRAM A FRAÇÃO REDUTORA DO PRIVILÉGIO, MAS APENAS IMPEDIRAM O SEU RECONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada e variada dos entorpecentes apreendidos, estando, portanto, em consonância ao dispositivo legal mencionado.

- Nos termos do art. 33, § 4º, 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 integrem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

- Não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo por conta da quantidade elevada da droga apreendida e afasta a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação da paciente à atividade criminosa. Precedentes. Precedentes.

- **Hipótese em que inexistente coação ilegal no não reconhecimento do tráfico privilegiado pelas instâncias de origem, com base no fato de os pacientes dedicarem-se às atividades criminosas, ante a quantidade elevada e variada das drogas apreendidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, notadamente agravadas diante da apreensão de dinheiro, munição e rádio comunicador, elementos aptos a justificar o afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Alterar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.**

Superior Tribunal de Justiça

Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido*" (HC 379.203/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 10/2/2017 - grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.*

2. *O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que 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.*

Precedentes.

[...]

4. *Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca não só do comprometimento do acusado com atividades ilícitas, mas também sobre a inviabilidade da restituição dos bens apreendidos - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula*

Superior Tribunal de Justiça

7/STJ.

5. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no AREsp 857.658/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe 18/11/2016 - grifei).

Desta forma, não há flagrante ilegalidade no afastamento da redutora do tráfico privilegiado que autorize a concessão da ordem de ofício, devendo ser mantida a condenação imposta.

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

P. I.

Brasília, 02 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator