

**HABEAS CORPUS Nº 537.509 - AC (2019/0298210-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)  
**IMPETRANTE** : PATRICH LEITE DE CARVALHO  
**ADVOGADO** : PATRICH LEITE DE CARVALHO - AC003259  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE  
**PACIENTE** : JENILSON DOS SANTOS MACEDO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial e sem pedido de liminar impetrado em favor de JENILSON DOS SANTOS MACEDO, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Acre** na Apelação Criminal n. 0018606-55.2012.8.01.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 12 (doze) anos de reclusão e ao pagamento de 1.200 (um mil e duzentos dias-multa, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c/c art. 40, incisos III e V, da Lei n. 11.343/2006 (fls. 28-73).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por maioria, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 74-98.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento operado na pena-base. Alega que tanto os motivos como as circunstâncias do crime utilizaram como fundamento a quantidade e qualidade da substância apreendida, o que caracteriza **bis in idem**.

Sustenta, ainda, que deve ser reconhecida a causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Requer, assim, a concessão da ordem para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, bem como aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 107-109 e 112.

O Ministério Público Federal, às fls. 117-121, manifestou-se pela não admissão do **writ** e, se conhecido, pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

*"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES DE NOCIVIDADE ACENTUADA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES DELITIVAS. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 117).*

É o relatório.

**Decido.**

A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor delimitar a controvérsia, destaco o seguinte excerto da r. sentença, mantida pelo v. acórdão impugnado, quanto aos temas:

*"Primeira Fase:*

*Acerca da culpabilidade, tem-se, que nesta etapa, deve-se abordar o menor ou maior índice de reprovabilidade do agente, não só em razão de suas condições pessoais, mas também levando-se em consideração a situação em que o fato delituoso ocorreu.*

*Como bem ponderou o douto Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Senhor Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em seu artigo “Aplicação da Pena”, veiculado no site do STJ em 19 de janeiro de 2003, ad verbis:*

*[...]*

*Após um estudo detalhado dos autos, entendo que a culpabilidade merece um grau de reprovação acentuado.*

*Não registra antecedentes criminais (fl. 164).*

*Acerca da conduta social, ensina o Ministro aposentado do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ad verbis:*

*[...]*

*Pois bem. Após um aguçado estudo dos autos, entendo que não há elementos capazes de taxar a conduta social anterior aos fatos, por*

parte do acusado, como inadequada.

A personalidade do agente não pode ser aferida pelo profissional do Direito. Cada indivíduo possui predicados próprios de sua personalidade, e o Magistrado, a meu ver, não dispõe de conhecimento suficiente para embasar um estudo a respeito da matéria.

Daí afirmar que tal análise deve ser elaborada por Psicólogo ou por outro profissional habilitado.

Orientação semelhante tem sido adotada pelo respeitável doutrinador Paganella Boschi, in verbis:

[...]

Para Salo de Carvalho, todas as hipóteses içadas em juízo, de acordo com o sistema acusatório, devem ser explicitamente comprovadas, bem como fundamentadas pelo Magistrado, sob pena de ser gerada uma Sentença nula por carência de fundamentação. (CARVALHO; Aplicação da Pena e Garantismo, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 54).

Pelas razões expostas, abro mão de pronunciar qualquer abordagem em deferência da personalidade do acusado, tendo em vista que a matéria foge da alçada deste Julgador.

[...]

Os motivos do crime estão relacionados aos fatores que levaram o agente a praticar o delito. Podem ser dignos ou desprezíveis. Entendo que no caso dos autos ficou patente que os motivos que levaram o acusado transportar a droga era o lucro fácil, às custas do vício alheio, fato este de grande valia para exacerbação da pena.

Sobre as circunstâncias do crime, deve-se analisar as circunstâncias que circundam o exercício criminoso em debate, tais como: lugar, maneira de agir, ocasião, etc..

Destaca-se, ainda, a quantidade de substância entorpecente apreendida, qual seja 09 (nove) "porções" de cocaína, pesando 22,142kg (vinte e dois quilos, cento e quarenta e dois gramas), conforme Laudo de Exame Toxicológico (fls. 121/122).

In casu, a quantidade e a qualidade da substância apreendida justificam uma majoração da pena-base, como bem salientou o ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar:

[...]

No que diz respeito às consequências do crime, os efeitos da conduta do agente, para a vítima ou para a coletividade, são de natureza grave, pois a conduta do acusado visou colocar em circulação, para consumo, grande quantidade de substância entorpecente, a qual, com certeza, tornar-se-ia causa de malefícios irreversíveis para a sociedade.

O comportamento da vítima em nada influenciou para a prática do crime em apreço, o que justifica um agravamento da pena neste instante.

Diante desses fatos, FIXO a pena-base em 09 (nove) ANOS de RECLUSÃO.

Segunda Fase:

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Não existem atenuantes e agravantes a serem consideradas.*

*Terceira Fase:*

*Nesta fase não deve incidir a causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, por entender que não se trata de traficante eventual, haja vista a quantidade, potencialidade e nocividade da substância entorpecente apreendida.*

*Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Acre:*

*[...]*

*Em atenção aos incisos III e V, do artigo 40, da Lei 11.343/06, majoro a pena em 1/3 (um terço), haja vista a conduta do réu consistiu em praticar o tráfico de drogas entre estados da federação, utilizando um transporte público, avião.*

*Assim sendo, fixo a pena definitiva e concreta no patamar de 12(doze) anos de reclusão.*

*Aplico, ainda, a pena de multa, consistindo em 1200 (um mil e duzentos) dias-multa, no mínimo legal.*

*O regime de cumprimento da pena será o inicialmente Fechado" (fls. 56-61).*

**Na hipótese**, ao contrário do que sustenta o impetrante, verifica-se no trecho acima colacionado, que a pena-base do paciente foi exasperada, lastreando-se na quantidade e natureza das drogas apreendidas (**22,142Kg de cocaína**), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

**Nesse compasso**, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a **natureza** e a **quantidade** da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, **in verbis**:

*"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

**No presente caso**, as instâncias ordinárias, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, consideraram mormente a **grande quantidade e**

**natureza do entorpecente apreendido** com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime"* (AgRg no HC n. 188.873/AC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, julgado em 8/10/2013, DJe de 16/10/2013).

**In casu**, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

*"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.*

*1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 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 de piso acima do*

*mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente justificada e proporcional às especificidades do caso versado. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento."*  
(AgRg no AREsp 585.375/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/03/2017).

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 35, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 2 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM FOCO EM ABASTECIMENTO DE DIVERSOS PONTOS DE TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INTERESTADUALIDADE. APENAS DOIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDOS. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 RESTABELECID. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. PENA INALTERADA. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.*

*[...]*

*- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei*

**11.343/2006, na fixação da pena do crime de associação para o 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.**

- Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que, considerando a valoração desfavorável das circunstâncias do delito, pois foram apreendidos 750 gramas de crack, o afastamento em apenas 6 meses acima do mínimo legal, correspondente à usual fração de 1/6, mostra-se adequado e proporcional à espécie, uma vez que a pena do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 varia de 3 a 10 anos de reclusão.

- Não há se falar em ofensa ao primado do bis in idem, pois, na primeira fase da dosimetria, o acórdão recorrido, ao ratificar a pena imposta pelo sentenciante, destacando o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consignou que a associação visava ao abastecimento de diversos pontos de droga, os quais abrangiam mais de um Estado da federação. Assim, a referência aos Estados envolvidos operou-se apenas para demonstrar a dimensão da conduta da paciente, quando comparada aos pequenos traficantes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas da paciente para 04 anos e 01 mês de reclusão e 933 dias-multa, com extensão do presente decisum ao corréu Claudemar Vrech, mantidos os demais termos da condenação." (HC 364.661/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/11/2016).

**Quanto ao reconhecimento da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06,** denota-se dos trechos acima colacionados que a r. sentença afastou o redutor, consubstanciada na conclusão de que o paciente se dedicava a atividades criminosas (traficância), em razão não somente da grande quantidade de drogas apreendidas, mas também em razão das circunstâncias em que se deu a prisão do paciente, bem como constatarem que não se tratava de traficante ocasional. Tudo isso, são elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

**Ademais,** rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para fazer



incidir a causa especial de diminuição, como reclama o impetrante, 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 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 n. 372.973/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 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.

- **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. Precedentes.

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

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. LIMITE OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. Embora a acusada fosse tecnicamente primária ao tempo do delito e possuidora de bons antecedentes, as instâncias ordinárias entenderam incabível a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com base em elementos concretos que indicam a sua integração em organização criminosa, voltada especialmente para o tráfico de drogas.

2. Para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que a agravante não integraria organização criminosa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência essa que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.

3. Conquanto a agravante haja sido condenada a reprimenda superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, foram apontados elementos concretos e idôneos - notadamente a quantidade da droga apreendida - que, efetivamente, evidenciam ser o regime inicial fechado o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei de Drogas.

4. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o agente foi condenado a reprimenda acima de 4 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

5. Agravo regimental não provido" (AgInt no HC n. 402.261/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 27/10/2017, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

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

Relator