

HABEAS CORPUS Nº 527.759 - SP (2019/0243841-7)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : HAMILTON NETO FUNCHAL - MG114541
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO APARECIDO PESSALACIA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de **FABRÍCIO APARECIDO PESSALACIA**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000166-61.2017.8.26.0608.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias- multa, no piso, por incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/03 (fls. 28-34).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Defesa alega, preliminarmente, nulidade do processo em virtude de cerceamento de defesa e de prejudicial manuseio das provas durante o flagrante. No mérito protesta pela absolvição por insuficiência probatória. Sem razão. Preliminares rejeitadas. Indeferimento de prova considerada irrelevante, impertinente ou protelatória constitui faculdade do magistrado. Princípio do livre convencimento motivado. Precedentes. Inexistência de irregularidade durante a prisão em flagrante e apreensão dos entorpecentes. Ausência de comprovação de prejuízo. Pas de nullité sans grief. Mérito. Materialidade e

autoria bem delineadas. Provas dos autos sustentam de forma clara e indubitosa a condenação. Finalidade de mercancia caracterizada. A simples condição de usuário não exclui automaticamente a traficância. Inviabilidade de desclassificação para uso próprio. Condenação pelo delito de tráfico era mesmo de rigor. Pena bem dosada. Justificado o aumento praticado na primeira fase. Reincidência comprovada. Posição reinante no STF dá conta de que o crime do artigo 28 da Lei de Drogas é apto a gerar reincidência. Vedação legal ao reconhecimento do privilégio. Regime fechado fundamentado em fatos concretos. Súmulas nº 718 e 719 do C. STF e 440 do e. STJ. Impossibilidade de substituição por restritiva de direitos. Sentença mantida. Recurso improvido" (fl. 48).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na utilização indevida de condenação pelo delito do art. 28 da Lei de Drogas para efeitos de reincidência, bem como no aumento operado na pena-base pela diversidade e natureza da droga e não aplicação da causa especial de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da mesma circunstância, acarretando **bis in idem**

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja para: "a) afastar a consideração de reincidência em decorrência da condenação anterior pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06; b) aplicar o redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06, reconhecendo-se o *bis in idem* ao se considerar a natureza dos entorpecentes apreendidos na primeira e terceira fases da dosimetria; e c) como decorrência da incidência da norma caracterizadora do tráfico privilegiado, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 74-75.

O Ministério Público Federal, às fls. 183-189, manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ARTIGO 28, DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO.

As decisões colegiadas dos Tribunais de Justiça, proferidas em última ou única instância, salvo denegatória de habeas corpus ou mandado de segurança, devem ser impugnadas através dos recursos excepcionais, para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal. Se transitadas em julgado, tal como sói ocorrer, devem ser eventualmente modificadas através da revisão criminal, para a qual o Superior Tribunal de Justiça não tem competência, salvo em relação aos seus próprios julgados.

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº. 430.105/RJ, firmou entendimento no sentido de que a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei Antidrogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis).

Dessa sorte, as modificações trazidas pela Lei nº 11.343/06 não descriminalizaram a conduta de possuir drogas para uso próprio, mas, sim, estabeleceram formas de punição diversas da pena privativa de liberdade.

Logo, a condenação do réu pelo crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, é hábil a gerar a incidência da agravante da reincidência.

Incabível, na espécie, a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, pois, para a sua aplicação, torna-se necessária a análise de vários requisitos que devem ser preenchidos de forma conjunta, quais sejam, ser primário o acusado, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas.

De modo que, tratando-se de acusado reincidente, não há que se falar em adoção do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, re-velando-se desimportante a referência obiter dictum acerca da variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos. Prejudicada está, ainda, eventual modificação do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Parecer pelo não conhecimento da impetração" (fl. 183).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, 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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Com relação à **dosimetria**, impende asseverar, ainda, que a via do **writ** somente se mostra adequada para a sua análise caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo trecho do v. acórdão impugnado, no ponto:

"Em atenção às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, a base foi fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no piso, em virtude da diversidade dos entorpecentes apreendidos, notadamente o crack de elevadíssimo potencial destrutivo, com efeitos nefastos.

Na segunda etapa, evidenciada a reincidência do acusado (certidão de fls. 239), a pena foi recrudesida em 1/6 (um sexto), e alcançou 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no piso.

Neste ponto, cumpre observar que, atualmente, prevalece o entendimento firmado no julgamento do RE 430.105/RJ, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou que a posse de drogas para consumo próprio mantém a natureza criminosa e, portanto, é apta para configurar reincidência.

Não ignoro, outrossim, recente julgado da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.672.654/SP, j. 21/08/2018) que inaugurou posicionamento diverso daquele até então adotado por aquele Egrégio Tribunal.

Trata-se, entretanto, de posicionamento ainda isolado, e que vai de encontro ao pensamento atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal.

Diante disto, mantenho o reconhecimento da reincidência.

Na terceira etapa, em virtude da reincidência, bem como da diversidade de entorpecentes apreendidos em poder do acusado e do potencial destrutivo do crack, o acusado não faz jus à redução da pena.

Estabeleceu-se o regime inicial fechado, o qual não merece atenuação.

Ao Magistrado compete fixar o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.

Além de possuir elevado e negativo impacto social, a conduta do apelante revestiu-se de enorme gravidade, decorrente da quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos, das peculiaridades da abordagem e hediondez do crime, exigindo tratamento mais rigoroso e severo, devendo ser submetido ao regime de segregação total até que, paulatinamente, possa ser reinserido no corpo social.

Outrossim, a reincidência afigura-se incompatível com regime mais brando.

Nesse sentido, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, capaz de incutir no acusado a terapêutica prisional.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719,

ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Pelos mesmos motivos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (fls. 59-60).

No tocante a utilização de anotação criminal como **reincidência** pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/06, consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve **abolitio criminis**.

Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio **pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado**.

De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, estabeleceu que *"se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo"*.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO

ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n.11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência.

4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art.63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n.11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais

sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora.

7. Quanto ao regime e a substituição, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, com a análise favorável das circunstâncias judiciais, além da não expressiva quantidade de droga - 7,2 g de crack -, o paciente faz jus ao regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, assim como resulta cabível a conversão da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (HC n. 453.437/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/10/2018).*

Na hipótese, considerando que a condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que a paciente faz **jus** a exclusão dessa anotação utilizada a título de reincidência.

No tocante a pena-base, verifica-se nos trechos acima colacionados, que foi exasperada, lastreando-se na quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas (**cocaína e crack**), nos termos do art. 42 da Lei de Drogas.

Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a impetrante, 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, o v. acórdão impugnado, 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, considerou mormente a **quantidade, diversidade e natureza dos entorpecentes apreendidos** com o paciente, para exasperar a reprimenda-base, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do **writ**.

Ressalto, por oportuno, que, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o **bis in idem** quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. O julgado recebeu a seguinte ementa:

*"1.Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).*

Logo, cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de **bis in idem**.

Nessa linha, destaco:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO (ART. 33, §§ 2º E 3º, E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CP, E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). DETRAÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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

2. O aumento da pena-base em 1/3, com base na quantidade dos entorpecentes apreendidos e nos maus antecedentes, mostra-se razoável. A quantidade de drogas é fundamentação idônea e está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06, que prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal - CP.

3. Os fundamentos utilizados pelo Magistrado sentenciante para não aplicar ao caso concreto a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendidas, está em consonância com o entendimento desta Corte. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

4. 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 § 4º 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.

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, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE n. 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 348.043/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/2/2017).

Pela leitura do excerto acima transcrito, observa-se que a pena-base do paciente afastou-se do mínimo legal com base na **quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas**, fundamentação idônea e que se encontra em consonância ao já mencionado **art. 42 da Lei n. 11.343/06**.

Por outro lado, houve fundamentação concreta quando ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só no **indevido** uso de anotação criminal por porte de droga para consumo como **reincidência**, mas pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas e também nas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão dos entorpecentes, tudo evidenciando que o acusado se **dedicava a atividades criminosas**, fazendo disso seu meio de vida.

Desse modo, repito, a majoração da pena-base está fundada na **quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas**, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela **dedicação às atividades criminosas**. Fatos distintos, portanto, inexistindo **bis in idem**.

Nessa linha:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do

ARE n. 666.334/AM, preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e constitua elemento de convicção para concluir que o acusado se dedica a atividades criminosas.

2. Não há bis in idem quando o Tribunal a quo mantém a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do acusado a atividade criminosa, que foi evidenciada pela quantidade da droga apreendida (24.970g de maconha).

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.652.550/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 28/4/2017, grifei).

Ademais, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem 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 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).

[...]

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.

- 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 379.203/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/2/2017, grifei).

Desse modo, passo ao redimensionamento da pena:

Na **primeira fase**, mantenho a pena-base fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Na **segunda etapa**, decoto o aumento operado em razão da reincidência com base em anotação criminal por porte de droga para consumo, permanecendo a pena no patamar anteriormente fixado, à mingua de circunstâncias atenuantes.

No **último estágio**, ausente causa de diminuição ou aumento, fixo a pena definitivamente em 5 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa.

Quanto ao regime, a quantidade e diversidade dos entorpecentes foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, **o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi** do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Sobre o tema colaciono os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. MONTANTE DA PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

- No caso, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e o montante da sanção (5 anos de reclusão) comportar o regime semiaberto, o acórdão recorrido consignou a necessidade do regime mais gravoso com lastro na quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas, as quais, inclusive, fundamentaram o não reconhecimento do privilégio, o que está em consonância à jurisprudência desta Corte e ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 385.934/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 5/4/2017 - grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE MAJORADA EM RAZÃO DA NATUREZA DA DROGA. REGIME FECHADO. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a majoração da pena-base. Precedentes.

2. Fixada pena final superior a quatro anos e presente circunstância judicial desfavorável, é lícita a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 c/c os arts. 59 e 33, § 3º, ambos do Código Penal.

Precedentes.

3. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no HC n. 380.021/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 22/3/2017 - grifei).

Por fim, mantida pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há se falar em substituição da corporal por restritiva de direito, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

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

Conduto, **concedo a ordem, de ofício**, apenas para **decotar** a anotação por porte de droga para consumo à título de reincidência e redimensionar a pena do paciente para **5 anos e 10 meses de reclusão**, em regime **fechado**, mais pagamento de 583 dias-multa, mantido os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

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

Relator