



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 491.328 - SP (2019/0028743-5)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABIANA CAMARGO MIRANDA - SP234361  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EZEQUEIL SOARES SANTOS  
**OUTRO NOME** : EZEQUIEL SOARES SANTOS

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTRO CRITÉRIO QUE NÃO APENAS A QUALIDADE E A QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. No caso, o Tribunal de origem aumentou a pena-base do Paciente por conta da quantidade e da natureza dos entorpecentes apreendidos – 110 pinos de cocaína (33,33 gramas), 107 porções de crack (21,1 gramas), e 282 porções de maconha (244,7 gramas).

2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas não foram os únicos fundamentos utilizados para afastar a minorante do tráfico privilegiado, pois o Tribunal *a quo* ressaltou que "*o conjunto probatório demonstra que o réu estava dedicado à atividade criminosa como meio de vida*", portanto, não há falar em *bis in idem*. Sendo assim, não é possível, na via estreita do *habeas corpus*, desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias acerca do não cabimento do benefício. Precedentes.

3. O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por privativas de liberdade não merece acolhimento, porque não preenchido o requisito do art. 44, inciso I, do Código Penal.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.  
Brasília (DF), 18 de junho de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 491.328 - SP (2019/0028743-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABIANA CAMARGO MIRANDA - SP234361  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : EZEQUEIL SOARES SANTOS  
OUTRO NOME : EZEQUIEL SOARES SANTOS

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EZEQUEIL SOARES SANTOS ou EZEQUIEL SOARES SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0043303-84.2018.8.26.0050.

Colhe-se nos autos que, em primeiro grau, o Juiz de Direito da 13.<sup>a</sup> Vara Criminal do Foro Central da Barra Funda – Comarca de São Paulo – condenou o Paciente "*como incurso no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, aplicando a pena de três anos e quatro meses de reclusão, com a substituição acima mencionada, e trezentos e trinta e três dias-multa*" (fl. 28). Isso porque, em 04/06/2018, trazia consigo e mantinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 110 pinos de cocaína (33,33 gramas), 107 porções de crack (21,1 gramas), e 282 porções de maconha (244,7 gramas).

Contra essa decisão o Ministério Público estadual interpôs o recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para agravar a pena para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa de 500 (quinhentos) dias-multa. O acórdão foi assim ementado (fl. 31):

*"EMENTA – APELAÇÃO. TRÁFICO - (ARTIGO 33, “CAPUT”, DA LEI 11.343/06) - Pleito do Ministério Público pelo aumento da pena-base acima do mínimo legal – Possibilidade - Afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 – Viabilidade - Fixação de regime prisional fechado para cumprimento da reprimenda – Cabimento - Afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Possibilidade - Pleito da Defesa pela absolvição por insuficiência probatória – Impossibilidade – Aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 no patamar máximo – Inviabilidade – Provas seguras de autorias e materialidade - Palavras coerentes e seguras das testemunhas - Responsabilização inevitável – Apelo ministerial provido e recurso defensivo desprovido."*

Na presente impetração, a Defesa sustenta que a minorante do tráfico privilegiado foi afastada indevidamente, pois o Paciente "*é absolutamente primário e portador*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*de bons antecedentes" (fl. 5); "não restou comprovado o envolvimento do paciente em organização criminosa ou a prática de atividade criminosa" (ibidem); e "o v. acórdão utilizou a quantidade de droga por duas vezes na dosimetria da pena: uma para exasperar a pena base na primeira fase da dosimetria da pena e a outra para deixar que aplicar o benefício previsto no artigo 33, § 4.º da lei de drogas" (fl. 7).*

*Alega, ainda, que, "presentes no caso em tela os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, conforme farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (fl. 14).*

Requer, liminarmente e no mérito, o restabelecimento da sentença.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 69-72).

Prestadas as informações pelas instâncias ordinárias (fls. 77-121), os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 123-125).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 491.328 - SP (2019/0028743-5)**

### EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTRO CRITÉRIO QUE NÃO APENAS A QUALIDADE E A QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.*

1. No caso, o Tribunal de origem aumentou a pena-base do Paciente por conta da quantidade e da natureza dos entorpecentes apreendidos – 110 pinos de cocaína (33,33 gramas), 107 porções de crack (21,1 gramas), e 282 porções de maconha (244,7 gramas).

2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas não foram os únicos fundamentos utilizados para afastar a minorante do tráfico privilegiado, pois o Tribunal *a quo* ressaltou que "*o conjunto probatório demonstra que o réu estava dedicado à atividade criminosa como meio de vida*", portanto, não há falar em *bis in idem*. Sendo assim, não é possível, na via estreita do *habeas corpus*, desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias acerca do não cabimento do benefício. Precedentes.

3. O pleito de substituição da pena privativa de liberdade por privativas de liberdade não merece acolhimento, porque não preenchido o requisito do art. 44, inciso I, do Código Penal.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

### VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

A irresignação não merece prosperar.

No caso, o Tribunal de origem aumentou a pena-base do Paciente por conta da quantidade e da natureza dos entorpecentes apreendidos, fundamentando que, *in verbis* (fl. 43):

*"[...] assiste razão a acusação ao pleitear a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a expressiva quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida (maconha, cocaína e 'crack'), com maior potencialidade lesiva à saúde. Portanto, notada a obediência ao art. 42, da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

*Nos termos do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal."*

Todavia, ao contrário do alegado pela Defesa, o redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 foi afastado com base não apenas na natureza e na variedade da droga, pois o Tribunal *a quo* entendeu que, além desses fatores, *"o conjunto probatório demonstra que o réu estava dedicado à atividade criminosa como meio de vida"* (fl. 45).

De tal forma, a desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de origem por via do presente *mandamus* é inviável, pois obstado pela impossibilidade desta Suprema Corte reapreciar o contexto fático-probatório.

Confira-se:

***"[...] concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus."*** (HC 425.408/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe de 11/05/2018; sem grifos no original.)

Assim sendo, ante o *quantum* da pena privativa de liberdade, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão, o pleito de substituição da reprimenda por privativas de liberdade também não merece acolhimento, porque não preenchido o requisito do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Por fim, quanto ao regime de cumprimento de pena, considerando a pena imposta e a existência de circunstância judicial negativa, cabível a fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

***"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO. QUANTIA DO ENTORPECENTE UTILIZADO NA DOSIMETRIA DA PENA E NA FIAÇÃO DO REGIME FECHADO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO."***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

**4. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em razão da aferição negativa de circunstância judicial, quantia do entorpecente, que justificou o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

**5. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, a valoração da quantidade e da natureza da droga para exasperar a pena-base, bem como para impor regime inicial mais gravoso ao previsto legalmente para a hipótese, não configura bis in idem, porquanto é cabível a utilização de um mesmo instituto jurídico em fases distintas da individualização da pena, gerando efeitos diversos. Precedentes.**

**6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).**

**7. Habeas corpus não conhecido." (HC 461.239/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018; sem grifos no original.)**

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0028743-5

**HC 491.328 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00433038420188260050 20190000020193 433038420188260050

EM MESA

JULGADO: 18/06/2019

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

|            |   |                                                                                 |
|------------|---|---------------------------------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                       |
| ADVOGADOS  | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>FABIANA CAMARGO MIRANDA - SP234361 |
| IMPETRADO  | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO                                      |
| PACIENTE   | : | EZEQUEIL SOARES SANTOS                                                          |
| OUTRO NOME | : | EZEQUEIL SOARES SANTOS                                                          |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e  
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.