



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.429 - RJ (2017/0335121-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : KAIO CAMILO DOS REIS RAMOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício.

A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada 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 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.429 - RJ (2017/0335121-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : KAIO CAMILO DOS REIS RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de KAIO CAMILO DOS REIS RAMOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0029222-10.2016.8.19.0014).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso e reduziu a reprimenda para 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, nos termos do julgamento acostado às fls. 55/64.

Daí o presente *writ*, no qual a impetrante sustenta o preenchimento dos requisitos para a incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ressalta que esse benefício foi negado com base na quantidade do entorpecente apreendido, elemento que também foi considerado na fixação da pena-base, havendo, assim, indevido *bis in idem*.

Nestes termos, requer a concessão da ordem para revisar a dosimetria da pena. Se reduzida a reprimenda, pugna pela fixação de regime prisional mais brando e a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 86/91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 431.429 - RJ (2017/0335121-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, policiais surpreenderam o paciente na posse de mais de 1kg de maconha, razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, reduzindo-lhe a reprimenda, nestes termos:

[...]

Portanto, entendo, com a permissa vênia do Douto magistrado, que quantidade de droga deve ser o único fator exasperador da pena neste caso concreto, daí se aplicar um aumento na proporção de 1/6, conduzindo ao patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 580 dias multa.

Quanto à aplicação da causa especial de diminuição do art. 33, §4º da lei 11.343/06, não merece acolhimento a tese defensiva de tráfico privilegiado. Os requisitos desta benesse são cumulativos, ou seja, a ausência de qualquer um dos requisitos afasta a sua incidência.

Assim, em que pese o apelante seja primário e tenha bons antecedentes, tudo está a indicar que a prática criminosa já era reiterada e, portanto, não se tratava de um mero traficante ocasional, além do que a quantidade de droga muito elevada se distancia da finalidade para a qual o legislador criou a figura do tráfico privilegiado, ou seja, para aquele traficante esporádico de pequenas quantidades de entorpecente.

Em virtude do quantum da pena aplicada ao apelante, em sendo afastada a obrigatoriedade da imposição do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados, cabe abrandar o regime para o semiaberto (fls. 63/64).

A impetrante sustenta a existência de *bis in idem*, sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade do entorpecente apreendido, elemento que também teria sido considerado na fixação da pena-base.

Razão não lhe assiste.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade da droga apreendida, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada 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 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

[...] o Supremo Tribunal Federal 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 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem o não reconhecimento do tráfico privilegiado [...] (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

[...] Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e afastar o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2015).

[...] Não há bis in idem se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, deixou de ser aplicada por integrar o Condenado organização criminosa. Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...]. (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2014).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0335121-4

HC 431.429 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00292221020168190014 292221020168190014

EM MESA

JULGADO: 15/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: KAIO CAMILO DOS REIS RAMOS (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.