



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 296.344 - SP (2014/0134480-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
AGRAVANTE : JONATHAN MARCELO CAVALCANTE SILVA
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (1.590g DE MACONHA). 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 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA FINAL: 6 ANOS, 9 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de 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 razão das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

2. 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*.

3. Trata-se de hipótese diversa daquela 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).

4. Quanto ao regime prisional, a quantidade de droga apreendida – 1.520 gramas de maconha – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

5. Agravo regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília, 19 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 296.344 - SP (2014/0134480-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE : JONATHAN MARCELO CAVALCANTE SILVA
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental interposto por JONATHAN MARCELO CAVALCANTE SILVA contra a decisão que negou seguimento ao presente *habeas corpus*, no qual se discute a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da decisão agravada:

[...] A par de o Tribunal de Justiça de São Paulo haver consignado com base nos elementos fáticos dos autos, para afastar a incidência do redutor do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, que o paciente "está envolvido com o tráfico em larga escala" (fl. 101), em consulta ao sítio eletrônico deste Tribunal verifico que aos 7.5.14 houve o trânsito em julgado do agravo em recurso especial interposto pela defesa.

Considerando a circunstância incontroversa de que a condenação é definitiva, concluo que argumentação trazida pela defesa relativa a dispositivos do Código Penal, há de ser examinada à luz da revisão criminal prevista no art. 621, do Código de Processo Penal.

Ademais, a ordem de prisão para o cumprimento da pena é consectário lógico [...]. (fl. 138).

O agravante afirma que preenche todos os requisitos necessários para a incidência da referida causa de diminuição de pena, a qual não foi aplicada em razão da quantidade de droga apreendida, elemento utilizado também no aumento da pena-base, em ofensa ao princípio do "*non bis in idem*".

Requer a reconsideração da decisão ou o julgamento do recurso pelo órgão colegiado, para que a pena seja reduzida e o regime prisional alterado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 296.344 - SP (2014/0134480-3)

VOTO

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

O presente agravo regimental não merece provimento, em que pese aos argumentos apresentados pelo agravante, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática de delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06. Embora tenha sido absolvido em primeiro grau, o Tribunal *a quo*, em apelação da acusação, condenou-o à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática de tráfico de drogas, *in verbis*:

[...] Passo a dosar as penas.

Fixo a base 1/6 acima do mínimo, em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em atenção ao disposto no artigo 42, da Lei nº 11.343/06, ante a elevada quantidade de entorpecente apreendido, o que indica maior potencial do acusado em atingir a saúde pública e disseminar o vício. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Em seguida, majoro a sanção em 1/6, em face da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei de Tóxicos, totalizando, assim, 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa (valor unitário mínimo). Observo que não há campo para redução da pena nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Isso porque o preceito admite atenuação da pena para réus, ainda que primários, que não ostentem periculosidade maior. E o acusado revela acentuada periculosidade, na medida em que está envolvido com tráfico em larga escala, o que se verifica pela quantidade de droga apreendida, com a nota de que o crime foi praticado na companhia de um menor de idade. Na aplicação do preceito o Juiz há de verificar, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, sem o que estará ferindo o princípio da individualização da pena [...] (fl. 101).

A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de 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 razão das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Quanto ao tema, 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, julgado em 12/04/2016, 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 DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Quanto ao regime prisional, a quantidade de droga apreendida – **1.590 gramas de maconha** – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 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 440/STJ e 718/STF.

- **Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0134480-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 296.344 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00357047820128260576 14662012 201301799017 201400066443 271679
357047820128260576 461094 5760120120357040 70

EM MESA

JULGADO: 19/04/2018

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN MARCELO CAVALCANTE SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JONATHAN MARCELO CAVALCANTE SILVA
ADVOGADO : AUGUSTO CÉSAR MENDES ARAÚJO - SP249573
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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