



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564695 - SP (2020/0054210-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : VINICIUS SANTOS DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
JESSYKA VESCHI FRANCISCO - SP344492
JORGE DE SOUZA - SP429914
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da reprimenda-base com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas evidencia que as instâncias ordinárias atuaram, justamente, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. O Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

3. Não há *bis in idem* na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

4. Uma vez verificado que a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado – notadamente no fato de que "havia expressivo volume de entorpecentes, suficiente para atingir de modo significativo a saúde pública, sem olvidar que expunham à venda substâncias das mais nocivas (cocaína e crack), a revelar maior reprovabilidade de sua conduta" –, deve ser mantida a imposição do regime inicial

fechado, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2020.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.695 - SP (2020/0054210-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : VINICIUS SANTOS DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
JESSYKA VESCHI FRANCISCO - SP344492
JORGE DE SOUZA - SP429914
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

VINICIUS SANTOS DE SOUZA interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que deneguei a ordem de habeas corpus e, por conseguinte, mantive inalterada a reprimenda a ele imposta pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa aduz, em síntese, que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas foram sopesadas na primeira fase da dosimetria, para fins de exasperação da pena-base; na terceira etapa, para justificar o afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; e, ainda, para fundamentar a imposição do regime inicial fechado, em evidente *bis in idem*.

Requer a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja reduzida a pena-base, aplicada a minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e fixado regime inicial mais brando de cumprimento de pena

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 564.695 - SP (2020/0054210-6)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A exasperação da reprimenda-base com fundamento na natureza e na quantidade de drogas apreendidas evidencia que as instâncias ordinárias atuaram, justamente, em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.
2. O Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou elementos concretos dos autos que evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
3. Não há *bis in idem* na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.
4. Uma vez verificado que a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado – notadamente no fato de que "havia expressivo volume de entorpecentes, suficiente para atingir de modo significativo a saúde pública, sem olvidar que expunham à venda substâncias das mais nocivas (cocaína e crack), a revelar maior reprovabilidade de sua conduta" –, deve ser mantida a imposição do regime inicial fechado, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado.
5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos despendidos pela defesa, entendo que não lhe assiste razão.

O Juiz sentenciante, ao fixar a pena-base do recorrente acima do mínimo legal, assim fundamentou (fl. 42):

Na primeira fase, levando-se em conta a grande quantidade das substâncias apreendidas (laudo pericial de fls. 20/21), suficiente para fornecimento a inúmeras pessoas, inclusive para revenda, indicativo do envolvimento do acusado com o comércio ilícito de entorpecentes e de sua personalidade distorcida e voltada para a prática de infrações penais, bem como o grande poder lesivo das substâncias apreendidas (“crack” e “cocaína”), vale dizer, de graves consequências, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, mínima legal acrescida de 1/3 (um terço).

Os demais processos e procedimentos policiais existentes na ficha de antecedentes do acusado, sem condenação anterior com trânsito em julgado, não são suficientes para o reconhecimento de Maus Antecedentes ou reincidência, em virtude do princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a reprimenda-base imposta ao acusado, "em razão da expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos (setecentas e noventa e três porções individuais), suficiente para atingir modo significativo a saúde pública, bem assim pela sua natureza (crack e cocaína), pois dotadas de poder altamente viciante" (fls. 53-54).

Tais circunstâncias – exasperação da reprimenda com base na **natureza e na quantidade de drogas apreendidas** – evidenciam que as instâncias ordinárias atuaram, justamente, em **consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006**, de maneira que entendo irretocável a conclusão do *decisum* agravado de que deveria ser mantida inalterada a reprimenda imposta na primeira fase da dosimetria.

Superior Tribunal de Justiça

Quanto à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a Corte estadual assim fundamentou a impossibilidade de sua incidência em favor do acusado, *in verbis* (fl. 55):

Na terceira fase, não era mesmo possível a incidência da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, notadamente porque a diligência decorreu de informações pretéritas acerca do envolvimento dos recorrentes com a mercancia ilícita e exercício de funções previamente estabelecidas na organização criminosa, certo que ALEX gerenciava as "biqueiras" e armazenava os entorpecentes, enquanto VINÍCIUS era responsável por distribuir as substâncias ilícitas nos pontos de tráfico e recolher o dinheiro auferido com a mercancia ilícita, condições nas quais, inclusive, foram surpreendidos pelos agentes da lei, a evidenciar que não eram principiantes, ao reverso, tinham experiência no ramo e agiam de forma reiterada e habitual, tanto que na casa de ALEX também foram encontrados nove mil e quinhentos "eppendorfs" vazios e petrechos destinados ao preparo e fracionamento das drogas, inegável, pois, o envolvimento com atividade criminosa, principalmente traficantes de maior porte, sem os quais não teriam acesso à expressiva quantidade de entorpecentes, tal como a então apreendida.

Com efeito, para a aplicação do redutor em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou elementos concretos dos autos que

evidenciam que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas, motivo pelo qual não há como reconhecer a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Ademais, imperioso salientar que, para entender de modo diverso, afastando-se a conclusão de que o agravante não se dedicaria a atividades criminosas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência, como cediço, vedada na via estreita do habeas corpus.

Ainda, ressalto **não ter havido a ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena**, porquanto, embora a Corte estadual, na terceira fase, haja feito breve menção à elevada quantidade de drogas apreendidas, certo é que considerou indevida a incidência da minorante em razão das **demais circunstâncias** em que perpetrado o delito em questão (tais como informações pretéritas acerca do envolvimento do acusado e do corréu com a mercancia ilícita; exercício de funções previamente estabelecidas na atividade delituosa; existência de elementos a evidenciar que os agentes "tinham experiência no ramo e agiam de forma reiterada e habitual"; localização, na casa do corréu, de 9.500 *eppendorfs* vazios e de apetrechos destinados ao preparo e ao fracionamento de drogas), as quais, em sua compreensão, evidenciariam a dedicação do acusado a atividades delituosas, especialmente ao narcotráfico.

Registro que, segundo o Supremo Tribunal Federal, não há *bis in idem* quando, além da quantidade de drogas apreendidas, **há outros elementos concretos dos autos** que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

[...]

4. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, “Se instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o habeas corpus não comporta. **Não há que se falar em *bis in idem*, pois, embora haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na**

negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido” (HC 136.177-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 141.167/SP, Rel. Ministro Roberto Barroso, 1ª T., DJe 16/6/2017).

Ainda, confira-se o seguinte trecho do voto proferido nos autos do **HC n. 130.592/SP** (DJe 11/10/2016), de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

O que se veda é a consideração cumulativa da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fases da dosimetria da pena (ARE nº 666.334/AM-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 3/4/14, e HC nº 112.776/MS, Plenário, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 30/10/14; RHC nº 128.726/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 11/9/15), e não sua consideração alternativa.

Na espécie, de fato, **o tribunal local, contrariando a jurisprudência desta Suprema Corte, valorou negativamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas na primeira e na terceira fases da dosimetria. Se a tanto tivesse se limitado, efetivamente estaria caracterizado indevido *bis in idem*.**

Ocorre que, como exposto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acréscimo, na terceira fase, também valorou negativamente as circunstâncias da apreensão da droga, mais precisamente o fato de a paciente manter em sua residência uma balança de precisão e a contabilidade do tráfico, concluindo que ela “fazia do narcotráfico seu meio de vida”.

Logo, **abstraindo-se a valoração negativa, na terceira fase da dosimetria, da quantidade e da natureza das drogas, ainda assim subsiste fundamento suficiente, por si só, para negar o redutor de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.**

Nesse julgado, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro relator, afirmou, **por via oblíqua**, que, caso as instâncias de origem houvessem sopesado **apenas** a quantidade e a natureza da droga apreendida – circunstâncias já valoradas para fins de exasperação da pena-base – para justificar a impossibilidade de incidência do redutor, haveriam

incurrido no inadmissível *bis in idem*. No entanto, assim não se entendeu somente porque, **além da natureza e da quantidade de substâncias entorpecentes, havia outros elementos nos autos** (mais precisamente, o fato de a acusada manter em sua residência uma balança de precisão e a contabilidade do tráfico) que permitiam a conclusão de que ela fazia do tráfico o seu meio de vida e, portanto, se dedicava a atividades criminosas.

O mesmo raciocínio pode ser depreendido do **HC n. 147.446/SC** (DJe 6/11/2017), de relatoria do Ministro **Edson Fachin**, também decidido monocraticamente:

Com efeito, as instâncias ordinárias se convenceram, com base na valoração das provas dos autos, que o acusado se dedicava às atividades criminosas, razão pela qual, nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não faria jus à benesse legal. Não se evidencia, portanto, ilegalidade formal entre as premissas apontadas e o conteúdo decisório. Registro que a quantidade e a variedade de entorpecentes foram utilizados na terceira fase a título de argumento complementar, **sem que tal proceder implique bis in idem, diante da suficiência das razões remanescentes quanto ao afastamento da causa minorante.**

Diante de tais considerações, entendo irretocável a decisão agravada também no ponto em que manteve o indeferimento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Por fim, no que tange ao regime de cumprimento de pena, esclareceu o *decisum* recorrido que a Corte de origem justificou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso analisado** – notadamente no fato de que "havia expressivo volume de entorpecentes, suficiente para atingir de modo significativo a saúde pública, sem olvidar que expunham à venda substâncias das mais nocivas (cocaína e crack), a revelar maior reprovabilidade de sua conduta" (fl. 58) – circunstâncias que, de fato, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Portanto, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado e uma vez que foram apontados **argumentos concretos e específicos** dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para, a pretexto de ofensa aos arts. 33, § 3º; 59, ambos do Código Penal, fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado.

Superior Tribunal de Justiça

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2020/0054210-6

**AgRg no
HC 564.695 / SP
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00021242120188260132 21242120188260132

EM MESA

JULGADO: 04/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DOMINGOS SAVIO DRESCH DA SILVEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JORGE DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
JESSYKA VESCHI FRANCISCO - SP344492
JORGE DE SOUZA - SP429914
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS SANTOS DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU : ALEX MANGABEIRA CHAVES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VINICIUS SANTOS DE SOUZA (PRESO)
ADVOGADOS : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
JESSYKA VESCHI FRANCISCO - SP344492
JORGE DE SOUZA - SP429914
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

C54254215521916458494@ 2020/0054210-6 - HC 564695 Petição : 2020/0044597-8 (AgRg)