



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 539.176 - SP (2019/0306780-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE 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), PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PENA FINAL: 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de 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 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.

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 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).

5. Quanto ao regime prisional, a quantidade de droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 539.176 - SP (2019/0306780-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL ALEXANDRE DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 1503161-58.2018.8.26.0536.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

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

Aduz ainda que a imposição do regime prisional fechado funda-se, tão somente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito.

Diante disso, requer a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a alteração do regime prisional.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, se conhecido, pela denegação da ordem:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. CONCLUSÃO PELA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO APLICABILIDADE DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição a recursos próprios ou como sucedâneo de revisão criminal, salvo em situações excepcionais em que, na dicção jurisprudencial, se evidencie teratologia ou flagrante ilegalidade.

2. A quantidade significativa e a variedade de entorpecentes constituem motivações válidas para indicar a dedicação acusado a atividades criminosas e, por conseguinte, para impedir a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

3. A alegação de que houve bis in idem, porque a quantidade de droga teria sido considerada para exasperar a pena-base e também para afastar o redutor, não foi analisada no acórdão impugnado. A ausência de manifestação do Tribunal estadual sobre essa questão inviabiliza seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

4. Mesmo que se ultrapasse esse ponto, nada impede que a elevada quantidade de droga seja considerada para exasperar a pena-base (questão quantitativa, que se relaciona diretamente com o cálculo da pena) e, posteriormente, para afastar o redutor (questão qualitativa, que se relaciona com a condição do agente em ser envolvido, ou não, de forma reiterada com a criminalidade, apesar de influenciar no quantum da pena).

5. A valoração negativa das circunstâncias do 42 da Lei nº 11.343/2006, devidamente utilizadas na primeira fase da dosimetria, dá ensejo à definição de regime prisional mais severo, conforme autoriza o art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. Parecer pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, pela denegação do writ (fl. 53).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 539.176 - SP (2019/0306780-2)

VOTO

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

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

No caso, policiais, durante patrulhamento em conhecido ponto de tráfico, avistaram o paciente com duas sacolas nas mãos, momento em que empreendeu fuga, porém, os militares conseguiram alcançá-lo. Com ele foi encontrado "a. 1.072,3g de maconha, acondicionados em 323 invólucros plásticos; b. 88g de cocaína, acondicionados em 365 microtubos plásticos; c. 197,2g de cocaína na forma de "crack", acondicionados em 308 microtubos plásticos" (fls. 36/37).

O Juízo de primeiro grau condenou o ora paciente por tráfico de drogas (art. 33). Na primeira fase da dosimetria, elevou a pena-base com fundamento na grande quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias. Na terceira fase, não aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos da sentença:

[...]

*Tendo em vista a intensidade da conduta do réu, que desdobrou o dolo mínimo necessário para a configuração do delito, caracterizada **pela grande quantidade de droga apreendida** (fls. 08/09 e 59/62), que inegavelmente causa gigantescos danos à saúde pública e quem tem o potencial de atingir maior número de pessoas e o inegável prejuízo à sociedade, sua primariedade e demais circunstâncias e consequências do crime, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, cada dia- multa no seu mínimo legal.*

Reconheço a circunstância atenuante da menoridade do réu, reduzindo a reprimenda em 06 (seis) meses de reclusão e 50 (cinquenta), dias multa.

*Ante os elementos dos autos, incabível a aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, eis que as circunstâncias da prisão indicam, de forma indubitável, que o acusado **se dedicava à atividade criminosa**, ante a grande quantidade e espécies de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

droga, que não se encontram disponíveis em qualquer lugar, havendo necessidade de contatos específicos, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição.

Em razão da gravidade concreta dos fatos apurados nos autos, ante as circunstâncias descritas na fundamentação da pena e o afastamento da causa de diminuição, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime inicial fechado, especialmente porque socialmente não recomendável à prevenção e repressão do delito de tráfico de drogas a aplicação de regime menos severo de cumprimento de pena (fls. 29/30).

Em apelação da defesa, o Tribunal manteve a sentença penal, não aplicando, portanto, a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33, *in verbis*:

[...]

Não há que se falar em aplicação do redutor especial, porque: 1.comprovadamente o Réu integrava organização criminosa e fazia do crime sua atividade remunerativa, pois foi flagrado com razoável quantidade de entorpecentes variados (repetindo: 323 porções de maconha, 365 de cocaína, e 308 de “crack”), não sendo possível que alguém tivesse a confiança de um traficante- chefe para portar e vender o que tinha consigo, a não ser por sua íntima relação com a ilícita conduta, situação já bem destacada por esta Corte (Ap. nº 0049725-63.2007.8.26.0405, rel. Des. Amado de Faria, 8ª Câ., j. em 19.04.2012): “Igualmente incabível a pretendida aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Ao contrário do que sustenta a Defesa, o recorrente não preenche os requisitos necessários à concessão da benesse. Conquanto seja tecnicamente, as particularidades do caso concreto permitem concluir que ele se dedicava a atividade criminosa. Não consta ser o réu o produtor da cocaína que comercializava. Isso significa que certamente é o elo na cadeia narcotraficante, porque adquire a droga de outrem, os quais, por óbvio, estão vinculados a atividades criminosas antecedentes à sua. Infere-se, portanto, que o réu integrava organização criminosa. As peculiaridades do crime de tráfico de entorpecentes examinado nos presentes autos colidem frontalmente com um dos próprios requisitos estabelecidos pelo legislador na aludida mercê, razão pela qual é impossível a aplicação da causa especial de diminuição da pena”; 2. a aplicação indiscriminada da benesse contraria o espírito da repressão penal mais severa que foi introduzido com a Lei nº 11.343/06; 3. a quantidade e a qualidade das drogas inviabilizam a concessão da benesse, como já se posicionaram: a. o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Resp nº 1.428.895/MG, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 5ª T., j. em 18.06.2014): “2. As circunstâncias concretas do delito, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido constituem fundamentos aptos a inviabilizar a aplicação da regra excepcional do art.33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, bem como o estabelecimento de regime diverso do fechado. Precedentes”; b. o Supremo Tribunal Federal (HC nº 122.594-SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Rosa Weber, 1ª T., j. em 23.09.2014): “3. A expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006”.

O regime prisional fixado para o início do cumprimento da reprimenda deve mesmo ser o fechado, seja por expressa previsão legal no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, seja pela gravidade e hediondez do crime. Além disso, a imposição de regime prisional mais gravoso é uma necessidade social, reflexo de um juízo de valor da sociedade que clama por maior rigor da resposta estatal na reprimenda desse mal, especialmente em se tratando de crime de tamanha nocividade ao meio, como é o caso do tráfico de drogas, ainda mais em se considerando as circunstâncias fáticas essenciais (Réu desocupado, preso em flagrante trazendo consigo grande quantidade de entorpecentes variados, e principalmente o “crack”, substância de reconhecido potencial tóxico) (fls. 40/42).

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 de entorpecente apreendido, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

Razão não lhe assiste.

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.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 (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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0306780-2

HC 539.176 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15031615820188260536 20190000751677

EM MESA

JULGADO: 17/12/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)
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

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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.