

**MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 213.052 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. NUNES MARQUES**  
**PACTE.(S)** : **ADENOALDO CARVALHO SANTOS**  
**IMPTE.(S)** : **JONATAS DE SOUSA NASCIMENTO**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**DECISÃO**

1. A defesa de Adenoaldo Carvalho Santos impetrou *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

III - O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação

**HC 213052 MC / SP**

pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

IV - Na hipótese, considerando as desfavoráveis circunstâncias da apreensão das drogas, bem como da prisão em flagrante do paciente, vale dizer, a forma de acondicionamento das drogas, própria para redistribuição e posterior venda a varejo, bem como a tentativa de empreender fuga dos policiais militares, estabeleço a fração da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/5, reduzindo a pena imposta para 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, e 480 dias-multa.

V - O Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal.

VI - In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, uma vez que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, lastreada nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, ante a grande quantidade de entorpecentes apreendidos com os pacientes - 11 quilos de cocaína, em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, parágrafo 2º, b, e parágrafo 3º, do Código Penal, e art. 42 da Lei n. 11.343/06.

Agravo regimental desprovido.

(HC 693.976 AgRg, ministro Jesuíno Rissato – desembargador convocado do TJDF)

Em suas razões, a parte impetrante pretende, em síntese, a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado) em

**HC 213052 MC / SP**

seu patamar máximo (dois terços) e, conseqüentemente, a fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da pena, concedendo-se, ainda, a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito.

2. O processo está em condições de ser julgado, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno. Dispensando a remessa ao Ministério Público Federal.

Tal o contexto, passo a apreciar o pedido. E, ao fazê-lo, entendo pela procedência das alegações da parte impetrante no que tange à modulação da fração prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Destaco, inicialmente, que o paciente foi condenado pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes), à pena de dois anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

A juíza sentenciante, ao realizar a dosimetria da pena, assim fundamentou a sua decisão (com meus grifos):

Atenta aos critérios norteadores descritos no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que, muito embora o acusado seja primário, **considerando a grande quantidade e natureza das drogas com ele apreendidas, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, calculados no valor mínimo unitário.**

Nos termos do §4º do art. 33, considerada a primariedade e a ausência de antecedentes do acusado, **reduzo em 2/3 a pena ora aplicada perfazendo o total de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, calculados no valor mínimo unitário.**

Torno definitiva a pena aplicada. **O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, em razão da hediondez do delito.**

HC 213052 MC / SP

O Tribunal de origem, por sua vez, ao revisar a dosimetria fixada na primeira instância e reduzir ao mínimo (um sexto) a fração aplicada ao tráfico privilegiado, assim se pronunciou:

Na primeira fase, **o aumento da pena-base na fração de 1/5 pela quantidade de drogas deve ser mantido.**

Na dosagem da pena, **observe que foi apreendida grande quantidade de entorpecente**. Sendo o crime de perigo contra a saúde pública, fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um enorme número de pessoas, **circunstância que autoriza a exasperação da pena em face da maior reprovabilidade da conduta.**

O fato de ser primário e não ostentar antecedentes não afasta o aumento, visto a maior ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, saúde pública, fato que autoriza exasperação da pena, principalmente em vista do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, que afirma que a quantidade de entorpecente apreendido tem preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal.

[...]

Desta forma, **mantenho o aumento de 1/5, resultando em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa.**

Na segunda fase, sem agravantes ou atenuantes.

**Na terceira fase, sem causas de aumento.** O redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 foi concedido pelo juízo a quo **no patamar de 2/3**, tendo o Ministério Público se insurgido para a redução da fração aplicada.

**A grande quantidade de entorpecente apreendida denota que há profissionalização no tráfico de drogas**, vez que a um iniciante e sem experiência na traficância não seria confiado montante substancial de entorpecentes.

Portanto, **a grande quantidade**, indicativa de profissionalização, **demonstra que o acusado se dedica a atividades criminosas** e, obsta a aplicação do redutor no presente caso. **Importante ressaltar que não há bis in idem na**

HC 213052 MC / SP

**consideração da quantidade para elevar a pena base e, posteriormente, para obstar a aplicação do redutor.**

[...]

Porém, como o Ministério Público **não requereu o afastamento do benefício, pedindo tão somente a redução da fração aplicada**, acolho o pedido ministerial e fixo a redução na fração mínima de 1/6, resultando em **05 anos de reclusão** e 500 dias multa. **O regime fechado impõe-se.** Observo que foi apreendida considerável quantidade de entorpecentes (11kg de maconha). Sendo o crime de perigo contra a saúde pública fica claro que tal quantidade poderia facilmente alcançar um elevado número de pessoas, o que denota maior reprovabilidade em sua conduta, visto o maior ataque ao bem jurídico. Portanto, demonstrou periculosidade e culpabilidade acima da média, de forma que o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (grifei)

Como se vê, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo utilizou, **simultaneamente**, a mesma circunstância judicial - **elevada quantidade de entorpecentes** – tanto **na primeira fase** (para aumentar a pena-base) quanto **na terceira fase** da dosimetria da pena (para reduzir ao mínimo a fração do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas), **caracterizando, desta forma, indevido bis in idem.**

Destaque-se, que é firme a jurisprudência desta Suprema Corte, reafirmada inclusive em sede de repercussão geral (ARE 666.334 RG, ministro Gilmar Mendes), no sentido de que *“a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases”* (ARE 177.766 AgR, ministra Rosa Weber - grifei).

Cito, em casos fronteiros, os seguintes precedentes deste Supremo Tribunal Federal (com meus grifos):

HC 213052 MC / SP

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processo Penal. 3. Tráfico de drogas. 4. **Ilegalidade na dosimetria da pena. Indevido bis in idem.** O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Habeas Corpus 112.776 e 109.193, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavascki, **decidiu que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade da droga apreendida, embora passíveis de consideração na individualização da reprimenda, não podem ser valoradas, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena aplicada pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.** Precedentes. [...] 7. Agravo regimental desprovido.

(HC 187.764 AgR, ministro Gilmar Mendes)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. “MULA”. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO EM DUAS FASES DA DOSIMETRIA. “BIS IN IDEM”.

[...]

2. **A quantidade da droga não pode influenciar, simultaneamente, o aumento da pena-base e a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria** (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Precedentes.

3. Agravo regimental conhecido e não provido.

(RHC 155.299 AgR, ministra Rosa Weber)

Penal. Habeas Corpus originário. Tráfico de drogas. Dosimetria da pena. **Natureza e quantidade da droga. Indevido Bis in idem. Precedente do Plenário do STF. Ordem parcialmente concedida.**

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos HCs 112.776 e 109.193, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, por maioria de votos, consolidou o entendimento de que **configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a**

HC 213052 MC / SP

quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução).

**2. Situação concreta em que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas tanto na primeira fase quanto na terceira fase da dosimetria da pena.** Em contrariedade, portanto, à orientação fixada pelo Plenário do STF.

3. Ordem concedida, em parte, apenas para que as instâncias de origem refaçam a dosimetria da pena, afastado o indevido bis in idem, observada a jurisprudência do Plenário do STF.

(HC 141.420, redator para o acórdão ministro Roberto Barroso)

3. Em face do exposto, **concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*** para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que realize nova dosimetria da pena, **deixando de considerar, simultaneamente, a quantidade de drogas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena**, ocasião em que deverá reavaliar a escolha do regime de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 24 de março de 2022.

Ministro NUNES MARQUES

Relator