

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 519.707 - RJ (2019/0193646-6)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES - RJ094625**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PACIENTE : JEAN CARLOS SANDER VIANNA (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEAN CARLOS SANDER VIANNA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou provimento ao apelo, por acórdão assim ementado (fl. 99):

APELAÇÃO DEFENSIVA. O APELANTE CONDENADO A PENA DE 06 ANOS DE RECLUSÃO, E AO PAGAMENTO DE 600 DIAS-MULTA, EM REGIME FECHADO, POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. Condenação abalizada nos firmes depoimentos dos policiais, diante da circunstância da prisão (denúncia que dava conta de que o acusado era traficante), da localidade (local é ponto de venda e drogas dominada por facção criminosa), a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, restou provado o crime de tráfico de drogas. Diante das circunstâncias apontadas acima, verifico que o acusado se dedica ao tráfico de drogas, o que decerto não é um movimento de um traficante ocasional, de modo que é inapropriada a aplicação do redutor do tráfico-privilegiado. O redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas não visa premiar aqueles que foram presos com quantidade considerável de entorpecentes (673,3g de Cloridrato de Cocaína, acondicionados em 971 sacos plásticos), pois o escopo da lei é dar oportunidade para aquele "traficante ocasional ou episódico", sem qualquer expressão, situação em que nada se identifica com a situação do réu. O regime é o fechado, na forma do art. 33, § 2º e § 3º, do CP. CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO.

Consta dos autos condenação à pena de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

A impetrante requer a diminuição da pena-base, tendo em vista que elevada de forma desproporcional ao considerar processo sem trânsito em julgado e registros quando menor, bem como a aplicação da causa especial de

# Superior Tribunal de Justiça

diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a modificação do regime prisional.

Nesse sentido, requer a concessão do *habeas corpus* para permitir que o Paciente aguarde o julgamento do presente writ no regime semiaberto (fl. 18).

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento.

É o relatório.

DECIDO.

O Juízo de 1º Grau assim fundamentou a dosimetria da pena (fls. 51/52):

[...]. 1ª FASE — As circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, considerando que o mesmo, apesar de tecnicamente primário, é detentor de maus antecedentes, conforme análise da FAC esclarecida às fls. 50/52, bem como da FAI, o que demonstra que o agente possui personalidade distorcida e voltada para a prática de delitos. Portanto, fixo a pena base acima do mínimo legal, qual seja, em 07 (sete) anos de reclusão, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido até a data do efetivo pagamento, dadas as condições econômicas do réu, pena esta que considero justa e necessária para a reprovação e prevenção do crime.

2ª FASE — Sem circunstâncias agravantes. Contudo, presente a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal, tendo em vista que o acusado era menor de 21 anos na data do fato. Assim, reduzo a pena fixada para 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa

3ª FASE — O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 dispõe que nos delitos definidos do caput e no § 1º da referenciada norma penal incriminadora, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso em tela, conforme já demonstrado, o réu possui anotação em sua FAC e FAI, além de ter ficado demonstrado que o agente está inserido de forma contumaz na prática do tráfico de drogas em uma localidade dominada por facção criminosa, de modo que não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena em questão. Ademais, não há qualquer outra causa de aumento ou de diminuição de pena a ser considerada nesta fase.

Posto isso, fixo a pena em 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, sendo o dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, corrigido até a data do efetivo pagamento, dadas as condições econômicas do réu, pena esta que torno definitiva.

REGIME DE PENA — O regime de pena no crime de tráfico de drogas é o inicialmente FECHADO, pois se trata de crime equiparado a delito

# Superior Tribunal de Justiça

hediondo, conforme determina o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação ora alterada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. [...]

Como se vê, na sentença, cuja pena e respectiva fundamentação foram mantidas pelo acórdão impugnado, foi dada valoração negativa à personalidade e aos maus antecedentes, porque *apesar de tecnicamente primário, é detentor de maus antecedentes, conforme análise da FAC esclarecida às fls. 50/52, bem como da FAI, o que demonstra que o agente possui personalidade distorcida e voltada para a prática de delitos*, com aumento de 2 anos acima do mínimo legal.

Com efeito, a pena-base foi agravada com fundamento em haver passagens anteriores contra o paciente, embora seja tecnicamente primário, o que torna certa a ausência de justificativa válida para a exasperação, configurando, assim, ilegalidade a ser sanada.

Ressalte-se que, nos termos da Súmula 444/STJ: *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*, não sendo, portanto, fundamento válido para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal a utilização de **ações penais em curso**.

Além disso, a *conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.* (EREsp 1688077/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019)

Portanto, o aumento da pena-base deve ser afastado.

No tocante à causa especial de diminuição, a sentença está assim fundamentada (fl. 51):

[...] 3ª FASE — O § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 dispõe que nos delitos definidos do caput e no § 1º da referenciada norma penal

# Superior Tribunal de Justiça

incriminadora, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

**No caso em tela, conforme já demonstrado, o réu possui anotação em sua FAC e FAI, além de ter ficado demonstrado que o agente está inserido de forma contumaz na prática do tráfico de drogas em uma localidade dominada por facção criminosa, de modo que não é possível a aplicação da causa de diminuição de pena em questão.** Ademais, não há qualquer outra causa de aumento ou de diminuição de pena a ser considerada nesta fase.

[...]

Por sua vez, constou no acórdão (fl. 101):

[...]. Desta forma, **diante da circunstância da prisão (denúncia que dava conta de que o acusado era traficante), da localidade (local é ponto de venda e drogas dominada por facção criminosa), a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, restou provado o crime de tráfico de drogas.**

**Diante das circunstâncias apontadas acima, verifico que o acusado se dedica ao tráfico de drogas, o que decerto não é um movimento de um traficante ocasional, de modo que é inapropriada a aplicação do redutor do tráfico-privilegiado.** O redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas não visa premiar aqueles que foram presos com quantidade considerável de entorpecentes (673,3g de Cloridrato de Cocaína, acondicionados em 971 sacos plásticos), pois o escopo da lei é dar oportunidade para aquele "traficante ocasional ou episódico", sem qualquer expressão, situação em que nada se identifica com a situação do réu. [...]

Na espécie, como visto, foram valorados outros elementos concretos, além da quantidade de droga apreendida, 673,3g de cocaína, para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consubstanciados em passagens anteriores e envolvimento no tráfico local dominado por facção criminosa, bem como *da localidade (local é ponto de venda e drogas dominada por facção criminosa), a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, restou provado o crime de tráfico de drogas*, concluindo as instâncias *a quo* que o paciente dedica-se às atividades criminosas.

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos. Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS.**

PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.

**2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.**

3. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal.

4. Também caracteriza *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator.

5. Não configura bis in idem caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa. Também não há falar em *bis in idem* quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito.

7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez

# Superior Tribunal de Justiça

com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda. (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018)

Sendo assim, na primeira fase, afastado o aumento pela negativação dos maus antecedentes e da personalidade, a pena permanece no mínimo legal, 5 anos e 500 dias-multa, que deve ser mantida apesar da presença da menoridade, nos termos da súmula n. 231/STJ.

Por fim, ausentes causas de aumento e de diminuição, a pena fica definitiva em 5 anos e 500 dias multa, em regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar a pena do paciente em 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 dias-multa.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator