

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 547.176 - SP (2019/0349985-5)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**IMPETRANTE** : RODRIGO VITAL E OUTRO  
**ADVOGADOS** : PAULO MARZOLA NETO - SP082554  
RODRIGO VITAL - SP233482  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : MARCO AURELIO FERREIRA DE SOUZA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE DROGAS. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. MANEJO DO *WRIT* COMO REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. ART. 105, INCISO I, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE.

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCO AURÉLIO FERREIRA DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no julgamento da Apelação Criminal n.º 0001556-09.2017.8.26.0530.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em 14/09/2018, às penas de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 883 (oitocentos e oitenta e três) dias-multa), pela prática do delito disposto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, pois foi surpreendido com aproximadamente 4,200 kg (quatro quilos e duzentos gramas) de maconha (fls. 66-85).

Inconformado, o Réu interpôs recuso de apelação, o qual não foi provido pelo Tribunal de origem (fls. 116-130).

Neste *writ*, alegam os Impetrantes, em síntese, que: a) o aumento da pena-base no patamar de 1/2 (metade), em razão unicamente da quantidade de droga, se mostra desproporcional, até mesmo porque se trata de um único entorpecente de pequeno potencial ofensivo e o *quantum* apreendido não pode ser considerado como exorbitante; b)

# Superior Tribunal de Justiça

deve ser afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, pois a condenação anterior do Paciente foi cumprida há mais de 14 (quatorze) anos; c) a causa especial de diminuição de pena disposta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas foi indevidamente afastada somente por causa da quantidade de droga apreendida, o que não induz, isoladamente, que o Condenado se dedicava a atividades ilícitas ou integrava organização criminosa; d) a quantidade de entorpecente foi utilizada para aumentar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para impedir a aplicação da redutora, na terceira fase, o que configura indevido *bis in idem*.

Requerem, ao final, inclusive liminarmente, a redução da pena-base do Paciente, em razão da quantidade de droga, para 1/6 (um sexto), a exclusão dos maus antecedentes como conduta social negativa e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo, com a readequação do regime a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 36).

É o breve relato do necessário.

Decido.

Constato que o presente *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **já transitado em julgado**. Nos termos do art. 105, inciso I, alínea *e*, da Constituição da República, compete ao Superior Tribunal de Justiça, **originariamente**, "*as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados*".

Assim, não deve ser conhecido o presente *writ*, **manejado como substitutivo de revisão criminal**, em hipótese na qual não houve inauguração da competência desta Corte, notadamente porque inexistente flagrante ilegalidade.

A propósito, "*Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício*" (HC 522.003/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 16/09/2019; sem grifos no original).

*Mutatis mutandis*, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT

# *Superior Tribunal de Justiça*

*IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. ROUBO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE.*

*1. O habeas corpus foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo transitado em julgado; é, portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, e, da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Como não existe, neste Tribunal, julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo agravante, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o processamento do pedido.*

*2. Ausência de manifesta ilegalidade na dosimetria a ser sanada de ofício, considerando haver motivação idônea para exasperação da pena-base, especialmente por se tratar de réu com maus antecedentes, bem como evidenciada a existência das duas causas de aumento - concurso de agentes e uso de arma de fogo. Temas que devem ser impugnados e apreciados, com a devida amplitude, no instrumento processual adequado, a revisão criminal.*

*3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 416.703/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019; sem grifos no original.)*

Além do mais, não é cabível concessão de ordem de *habeas corpus ex officio*. Isso porque o aumento da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, em razão da quantidade de droga apreendida – aproximadamente 4,200 kg de maconha –, não se mostra desproporcional, como se observa do seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

*"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2003.*

*2. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado.*

*3. Na espécie, o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e*

# Superior Tribunal de Justiça

***proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha.***

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019; sem grifos no original.)

Quanto ao pleito de afastamento da valoração negativa dos maus antecedente, esta Corte possui o entendimento de que,

*"[n]o que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal" (HC 452.334/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2018).*

De outra parte, a Corte manteve o afastamento da minorante disposta do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2003 com base nos seguintes fundamentos (fls. 125-127; sem grifos no original):

*"Deixou-se, outrossim, de aplicar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pois entendido que não se enquadram na figura do pequeno traficante que a lei buscou privilegiar **em razão da grande quantidade de drogas apreendida, a demonstrar que se dedicam a atividades criminosas, senão, até mesmo ligados com o crime organizado; no mais, Marco apresenta maus antecedentes, o que por vedação expressa do dispositivo não seria mesmo o caso do privilégio.**"*

Verifico, dessa forma, que a conclusão acima exarada não destoia da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça de que *"[n]ão há ilegalidade na fundamentação apresentada pelo Tribunal a quo para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, em razão da dedicação do paciente às atividades criminosas, evidenciada pelos antecedentes criminais, bem como pela quantidade e variedade de drogas apreendidas"* (HC 478.001/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019).

# Superior Tribunal de Justiça

Por fim, não há falar em indevido *bis in idem*, pela suposta utilização da quantidade de droga para aumentar a pena-base e para afastar a causa de diminuição de pena disposta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, pois a redutora não foi aplicada apenas com base na quantidade de drogas, mas, também, pela falta de preenchimento dos requisitos exigidos, em especial pelo fato de o Paciente ostentar maus antecedentes.

Nesse sentido:

"[...]

**1. Tal como referido, o próprio Tribunal de origem, ao reconhecer o alegado *bis in idem* decorrente da utilização da quantidade de droga tanto para elevar a pena-base quanto para negar o redutor, declinou outros motivos relevantes e concretos, distintos da quantidade de entorpecente, para o fim de justificar a não concessão do privilégio, não havendo, assim, que se falar em *bis in idem*.**

**2. Agravo regimental improvido."** (AgRg no REsp 1.762.450/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 34, inciso XX, e 210, do RISTJ, INDEFIRO LIMINARMENTE a petição inicial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora