

**HABEAS CORPUS Nº 542.081 - MG (2019/0321444-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : SUELI DE ALMEIDA LOPES NUNAN VIEIRA E OUTROS  
**ADVOGADOS** : SUELI DE ALMEIDA LOPES NUNAN VIEIRA - MG128842  
MARIANNE STEPHANIE LUCIUS L DE G TELLES C ALVES C  
VIEIRA - MG183610  
GESSICA APARECIDA FERREIRA DA SILVA - MG193233  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PACIENTE** : HYAGO TEIXEIRA DE MELO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de HYAGO TEIXEIRA DE MELO, em face de decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, assim ementada (fl. 28):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA DELITIVA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE A CONFIRMAM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONDUTA QUE EVIDENCIA A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REDUÇÃO DA FRAÇÃO REFERENTE AO VALOR UNITÁRIO DOS DIAS-MULTA. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Comprovadas a autoria e a materialidade do delito de tráfico ilícito de drogas, impõe-se a manutenção da condenação do apelante pelo delito tipificado no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06. 2. A palavra de policiais é elemento de prova a ser valorizado, conferindo maior robustez ao conjunto probatório, sobretudo quando em absoluta consonância com as circunstâncias do rime. 3. Na esteira do que determina o artigo 42 da Lei 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser utilizadas para a fixação da pena-base. . Inviável a incidência da minorante do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 se há provas da dedicação do acusado a atividades criminosas. 5. O valor unitário dos dias-multa deve ser fixado de acordo com a capacidade econômica do réu, pelo que, não havendo provas desta nos autos, impõe-se sua fixação do mínimo legal. 6. Dado parcial provimento ao recurso.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 500 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Ato seguinte, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe proveu parcialmente apenas para reduzir o valor do dia-multa.

No presente *habeas corpus*, alegam a ocorrência de constrangimento

ilegal ao argumento de que a quantidade de drogas apreendidas foi utilizada para justificar o aumento da pena-base, afastar a incidência da minorante especial do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e fundamentar a escolha do regime inicial fechado.

Afirmam que seria devida a incidência da referida causa de diminuição ante o preenchimento dos requisitos legais.

Requerem, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda e alterado o modo prisional.

Indeferida a liminar, prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Com relação ao alegado *bis in idem*, pela utilização do mesmo fundamento para justificar o aumento da pena-base, negar a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e fixar o regime inicial fechado, tem-se que a Corte de origem entendeu que (fls. 60-61):

No tocante às penas, entendo que não se faz necessária qualquer modificação pelas razões que exponho a seguir:

**A pena-base de Hyago Teixeira de Melo foi fixada em patamar superior ao mínimo legal em razão da elevada quantidade e da natureza lesiva da droga apreendida, conforme prevê o artigo 42 da Lei 11.343/06, o que deve ser mantido.**

Já no tocante ao apelante José do Carmo Pereira de Melo Júnior, permanece em seu desfavor, além da quantidade e natureza das drogas, a culpabilidade, sendo bastante reprovável a conduta daquele que envolve seu próprio filho no tráfico de drogas. Por tal razão, não há que se reduzir a pena-base a ele imposta.

Na segunda fase da dosimetria, presente apenas a atenuante da menoridade relativa em relação a Hyago, mantenho a redução determinada na sentença, permanecendo sua pena intermediária no mínimo legal.

Por fim, quanto ao pedido defensivo de incidência da minorante do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, entendo que, para a aplicação da referida causa especial de diminuição de pena, deve-se comprovar o preenchimento dos requisitos legais constantes no aludido dispositivo, quais sejam, primariedade do agente, ausência de antecedentes criminais, além de não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Em outras palavras, o intitulado benefício do "tráfico privilegiado" somente deve ser concedido ao pequeno e iniciante traficante, não sendo esta a situação do réu.

**Nesse contexto, a grande quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, de elevada lesividade, corrobora a dedicação à atividade criminosa, até porque para aquisição de grande volume de drogas é necessário que o traficante já possua um mercado consumidor amplo o suficiente para gerar meios de aquisição dos entorpecentes, o que, data**

**vênia, não se consegue da noite para o dia, muito menos, sendo um traficante iniciante.**

Assim, no presente caso, não vejo reunidos os requisitos necessários para a aplicação, em favor dos acusados, da causa de diminuição de pena inserta no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06, devendo a mesma ser afastada.

Desta maneira, tornam-se as penas dos acusados definitivas em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, para Hyago; e 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, para José do Carmo, como imposto na sentença.

Constato, no presente caso, a ocorrência do vedado *bis in idem*, uma vez que a quantidade/natureza dos entorpecentes apreendidos foram utilizadas tanto na primeira fase da dosimetria, para justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, quanto para negar a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em relação ao tema, a jurisprudência da Sexta Turma entende que, uma vez valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, inviável sopesar os mesmos fundamentos na terceira fase para negar, ou mesmo modular, a causa de diminuição especial descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 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 PENA. 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 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).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME FECHADO. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A simples presença dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não gera direito à aplicação da fração máxima da minorante, que pode ser modulada dentro dos parâmetros mínimo e máximo previstos, desde que haja fundamentação idônea. **Nessa modulação, é possível a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido avaliadas em outra etapa da dosimetria, para que não haja bis in idem.**

2. A quantidade e nocividade das drogas apreendidas (10 porções de oxi, 4 porções de cocaína e 1 porção de maconha) constituem fundamento idôneo para a estipulação da fração mínima de 1/6, conforme efetivado pelo Tribunal de origem, bem como para impor o regime mais gravoso.

3. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1628219/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 31/8/2017).

Assim, a ordem deve ser concedida a fim de determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria da pena, com a utilização da quantidade e da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Quanto ao pleito de alteração de regime inicial, tem-se que, determinada a devolução dos autos à origem para refazer a dosimetria, tal pedido fica prejudicado, pela possibilidade de alteração da pena.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que realize nova dosimetria da pena do paciente, sopesando a quantidade e a natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator