

HABEAS CORPUS Nº 486.379 - SP (2018/0345149-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE DENIS FELIPE NERI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de JOSÉ DENIS FELIPE NERI no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que **possuía em depósito 168,84g (cento e sessenta e oito gramas e oitenta e quatro centigramas) de cocaína distribuídos em 100 (cem) pinos, mais 567,58g (quinhentos e sessenta e sete gramas e cinquenta e oito centigramas) de maconha em 150 (cento e cinquenta) invólucros** (e-STJ fls. 20/25).

Interposta apelação, os desembargadores da Quinta Câmara de Direito Criminal negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 36/40).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 37):

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Prova robusta da autoria e da materialidade delitiva. Confissão judicial em harmonia com o restante da prova oral, especialmente com as circunstâncias da abordagem e os seguros relatos dos policiais que participaram da diligência. Condenação mantida. Básicas fixadas acima do piso legal, em razão da quantidade de drogas, mas que retornaram aos mínimos pelas atenuantes da confissão e da menoridade relativa. Aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de um sexto, que já beneficiou o réu, diante da razoável quantidade de drogas apreendidas, sendo inadmissível diminuição maior. Regime fechado necessário. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos, até mesmo em razão da quantidade da pena. Apelo improvido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 45/47).

No Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente da não aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, bem como da fixação do regime mais severo para início de cumprimento da reprimenda do paciente.

Sustenta a ocorrência do indevido *bis in idem*, uma vez que a pena-base foi exasperada na fração de 1/6 (um sexto) em face da quantidade de droga apreendida, e o pretendido redutor foi concedido no montante mínimo diante da quantidade de entorpecentes encontrados em poder do acusado.

Reforça que *"a quantidade e diversidade das drogas devem ser valoradas uma única vez, apenas em uma das fases de aplicação da pena"* (e-STJ fl. 4).

Assevera que, afastado tal argumento, deve ser aplicada a causa de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), já que o paciente preenche todos os elementos exigidos para sua concessão.

Ressalta que, com a readequação da sanção, deve ser alterado o regime prisional para o aberto, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal; e, caso mantida a reprimenda, necessário é o abrandamento do regime inicialmente estabelecido para o intermediário, visto que o réu é primário, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do referido diploma legal.

Por fim, alega que, caso a pena definitiva seja inferior a quatro anos de reclusão, o réu faria jus à substituição da medida constritiva por outras restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Dessa forma, requer a concessão da ordem a fim de que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu grau máximo, com o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (e-STJ fls. 1/9).

Sem pedido liminar.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 62/82), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela não concessão da

ordem (e-STJ fls. 88/92).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, a aplicação do redutor previsto na Lei de Drogas, no montante de 2/3 (dois terços), sob o argumento de que, além de estarem preenchidos os requisitos para a sua concessão, houve a ocorrência do indevido *bis in idem*, pois a pena-base foi exasperada e a minorante aplicada na fração mínima de 1/6 (um sexto) com base na quantidade de droga apreendida.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

De acordo com o aludido art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 39/40):

As penas impostas em primeiro grau devem ser mantidas.

As básicas foram fixadas acima do piso em razão da quantidade de drogas, mas retornaram aos mínimos legais, diante das atenuantes da confissão (fls. 196 mília no sistema SAJ) e da menoridade relativa (fls. 17/19).

Na terceira fase, fica mantida, até mesmo diante da ausência de recurso ministerial, a aplicação da causa de diminuição no patamar mínimo de um sexto, de sorte que as reprimendas totalizaram quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentos e dezesseis dias-multa, de valor unitário mínimo.

O apelante realmente não faz jus a maior redução do que a efetuada, diante da razoável quantidade de cocaína (100 “pinos”, contendo 168,84 gramas), tóxico altamente lesivo, e maconha (150 invólucros contendo 567,58 gramas), encontradas em sua residência, existindo até mesmo delação anônima vinculando-o à atividade ilícita, circunstâncias que indicam que ele realmente se dedicava ao comércio espúrio e não se tratava de traficante pequeno e eventual, ao qual o benefício em tela é destinado. (Grifei.)

Sob esse prisma, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com observância aos pormenores da situação concreta, que demonstraram uma dedicação maior do paciente à atividade criminosa, notadamente em face da quantidade de droga apreendida, foi excluída a aplicação do pretendido redutor em sua fração máxima.

Logo, não se verifica o alegado *bis in idem*, um vez que a pena-base foi exasperada com fulcro na quantidade de droga apreendida, e o redutor aplicado em fração diversa da máxima com fundamento não apenas na quantidade de entorpecente, mas, também, na sua nocividade, bem assim na dedicação do paciente à atividade criminosa, o que caracteriza fundamentos diversos.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DROGA (ART. 42, LAD). POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LAD). AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem.

II - A majoração da pena-base está fundada na natureza das drogas apreendidas, ao passo que a negativa de minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

III - A agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 474.791/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006) NÃO APLICADA. QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O RÉU NÃO PREENCHE OS

REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (terceira fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem.

[...]

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1732245/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018).

Diante da não concessão da causa especial de diminuição da pena na fração de 2/3 (dois terços), os pleitos referentes à alteração do regime prisional e à substituição da pena corporal por restritivas de direitos encontram-se prejudicados, já que não houve alteração na pena aplicada – 4 (quatro) anos 2 (dois) meses de reclusão, mais 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa –, além da manutenção da pena-base acima do patamar mínimo legal pela presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

Ante o exposto, **denego a ordem** de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator