HABEAS CORPUS Nº 481.603 - RS (2018/0319879-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	JOSE ALBERTO CORREA COUTINHO JUNIOR E OUTRO
ADVOGADOS	:	JOSÉ ALBERTO CORRÊA COUTINHO JÚNIOR - RS097397 DIONI CORRÊA PIRES - RS112967
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	LUANA DA SILVA FARIAS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de LUANA DA SILVA FARIAS, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.

Consta dos autos que a paciente foi absolvida em 1º grau, mas condenada em segundo, por maioria de votos, após o julgamento de apelação ministerial, por incursão ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 550 dias-multa. Opostos embargos infringentes, foram rejeitados.

Neste *writ*, requer o impetrante a absolvição da paciente, por ausência de provas, bem como pugna, subsidiariamente, pela aplicação da minorante do tráfico, em seu índice máximo, pelo abrandamento do regime prisional e pela substituição da pena privativa de liberdade.

Indeferida a liminar, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Quanto ao pleito absolutório, a Corte *a quo* firmou a seguinte compreensão:

> De fato, nos termos da prova corretamente exposta no parecer acima transcrito, não há dúvida de que ambos, PATRICK e LUANA, estavam traficando entorpecentes, verificando-se que **LUANA sabia da prática ilícita do companheiro e, além disso, participava da atividade delituosa, porquanto restou demonstrado que a bolsa na qual foi encontrado 1 kg de maconha estava no colo da denunciada, e, ademais, os 4,543 kg de maconha estavam em local bem visível no apartamento, assim como a balança de precisão**, não restando comprovada a tese da defesa da ré, de que ela não sabia da existência da droga. (acórdão de apelação - fl. 48)
>
> Vê-se, em tal contexto, que, inquirido em juízo, o agente policial André Ricardo, respondendo a questionamento da defesa sobre se a investigação envolvia apenas o corréu, respondeu que "inicialmente era, mas depois teria a

> participação dela, porque nas saídas dele, os monitoramentos, ela acompanhava ele" (mídia da fl. 202).
> Por sua vez, o agente policial Jandir, embora referindo que as informações iniciais davam conta apenas do corréu, especificou que a droga foi encontrada na bolsa da embargante que, aliás, estava na posse desta (mídia da fl. 202).
> Mais, interrogado, o corréu admitiu que "guardava" a droga apreendida para terceira pessoa e, não obstante tenha buscado afastar a responsabilidade da ré, confirmou que, por ocasião do fato, estava indo entregar a droga para "o rapaz" (mídia da fl. 202).
> Ora, é verdade que o só fato consistente em ter a embargante ciência da narcotraficância desenvolvida por seu companheiro não seria suficiente para, por si só, ensejar a aventada solução condenatória, tal, todavia,m não é a situação presente.
> **A uma, porque além dos aproximadamente quatro quilos de maconha encontrados na residência, foi ainda localizado um tijolo de maconha com aproximadamente 1kg no interior do veículo.**
> **A duas, porquanto a substância em questão se encontrava no interior de uma bolsa de propriedade da embargante.**
> **A três, porque de acordo com o corréu (que, recorde-se, buscou a todo momento isentar a embargante da responsabilização criminal), por ocasião do fato, estava justamente indo realizar a entrega de parte da maconha ao "rapaz" para o qual guardava a droga em sua residência. E, por ocasião do transporte, foi a substância entorpecente colocada na bolsa da embargante que acompanhava aquele.**
> Por isso que mantenho a condenação. (acórdão dos embargos infringentes - fls. 77/78)

Dessume-se da fundamentação transcrita que o Tribunal de origem, soberano na análise das provas dos autos, concluiu que, além de o corréu ter confessado que a paciente o acompanhava, no momento do flagrante, na entrega de entorpecente a um usuário, não foram produzidas nos autos provas capazes de demonstrar a veracidade das teses defensivas, mormente, de que a ré não exercia a narcotraficância juntamente com o seu companheiro, ressaltando, inclusive, que a ora paciente *participava da atividade delituosa, porquanto restou demonstrado que a bolsa na qual foi encontrado 1 kg de maconha estava no colo da denunciada, e, ademais, os 4,543 kg de maconha estavam em local bem visível no apartamento, assim como a balança de precisão*.

As instâncias ordinárias entenderam, portanto, devidamente comprovada a caracterização do delito de tráfico, de modo que para se chegar a conclusão diversa seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que é sabidamente incabível na via do *habeas corpus.*

Acerca da minorante do tráfico, o Tribunal gaúcho consignou que (fls.

50/51):

> Quanto à ré LUANA DA SILVA FARIAS, a reprovabilidade social do fato concreto não se apresenta acima da comum à espécie de delitiva, não havendo circunstância que se mostre fora do habitual para valorar negativamente a culpabilidade. Não há registro de antecedente, assim consideradas as condenações transitadas em julgado em momento anterior a prática do fato em análise. Não há elementos para a verificação da personalidade e da conduta social. **No que tange às circunstâncias, a quantidade da droga é desfavorável, tratando-se de aproximadamente 5,543 kg de maconha, quantidade bastante elevada. Além disso, a filha de apenas 07 (sete) anos de idade da ré estava presente no automóvel, quando foi apreendido 01 kg de maconha na bolsa de LUANA, entorpecente este que estava sendo levado pelos réus para ser entregue a um terceiro.** Os motivos são inerentes ao tipo penal. As consequências são desconhecidas. Não há falar em comportamento da vítima, que é o próprio Estado.
>
> Sopesadas as circunstâncias acima mencionadas, fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, que torno provisória.
>
> **Na terceira fase, deixo de aplicar a redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na medida em que a quantidade de droga apreendida com a ré e seu companheiro sugere não se tratar de traficantes eventuais, como acima já foi referido, o que, somado ao fato de não ter comprovado qualquer atividade lícita, conduz à convicção de que LUANA também se dedica a atividades criminosas.**
>
> Fica, então, definitivada a pena em 05 (cinco) anos e 04 (seis) meses de reclusão.

Quanto ao afastamento da minorante pelo tráfico privilegiado, constata-se ilegalidade flagrante na dosimetria já que valorada a quantidade da droga, tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria.

Atualmente vigora perante a Sexta Turma interpretação no sentido de que uma vez valorada a quantidade e natureza da droga na primeira etapa da dosimetria, inviável sua utilização na terceira etapa para negar ou mesmo modular o fator de diminuição da pena pelo privilégio do tráfico de drogas, 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, consequentemente, 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)

Assim, em face da constatação de *bis in idem*, os autos deverão retornar ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de que seja realizada nova dosimetria da pena da paciente, dessa vez com a utilização da quantidade de droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Restam prejudicados os demais pleitos relacionados à modificação do regime prisional e possibilidade na espécie de substituição das penas, já que necessária nova dosimetria da pena conforme fundamentação supra.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reconhecer a ocorrência de *bis in idem*, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça, a fim de que realize nova dosimetria da pena da paciente, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendida em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator