HABEAS CORPUS Nº 499.833 - SP (2019/0079887-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	ANDRE LUIZ DO NASCIMENTO BARBOZA
ADVOGADO	:	ANDRE LUIZ DO NASCIMENTO BARBOZA - SP295792
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JULIO CESAR FERREIRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. 12.154 G DE CRACK, 2.607 G DE MACONHA E 815,49 G DE COCAÍNA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INCABÍVEL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO PISO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

Ordem de *habeas corpus* denegada.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Julio Cesar Ferreira da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora a Décima Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No Processo n. 0001328-09.2017.8.26.0603, o paciente foi condenado pelo Juizo da Terceira Vara Criminal do Foro de Araçatuba, em concurso material, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e 583 dias-multa, em face da apreensão de 12.154 g de crack, 2.607 g de maconha e 815,49 g de cocaína; como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa; e como incurso, por duas vezes, no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 70 do Código Penal, à pena de 1 ano e 2 meses de detenção, em regime aberto, e 11 dias-multa (fls. 29/33).

Em sede de apelação (n. 0001328-09.2017.8.26.0603), a defesa alegou que não tinha ciência da origem ilícita do veículo, em relação ao crime de receptação. Sobre o crime de posse ilegal de arma de fogo, aduziu que a apreensão de mais de um armamento não configura o reconhecimento de mais de um crime, razão pela qual deveria ser afastado o concurso formal. Por fim, pediu ainda a defesa, quanto ao crime de tráfico de drogas, o reconhecimento da causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e o abrandamento do regime. A Décima Quarta Câmara Criminal do

Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena do crime de tráfico de drogas para 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa; bem como afastar o concurso formal do crime de posse ilegal de arma de fogo e, por conseqüência, reduzir a pena para 1 ano de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa, mantendo a sentença quantos aos demais fundamentos (fls. 13/28).

No presente *writ*, o impetrante busca o imediato redimensionamento da pena imposta ao paciente, pela aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Aponta constrangimento ilegal pela consideração da quantidade de drogas para negar a causa de diminuição da pena, porque o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que a quantidade de droga não pode ser utilizada, de forma isolada, para negar o benefício.

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 37/38).

Parecer ministerial opinando pela denegação da ordem (fls. 41/46).

É o relatório.

O impetrante busca o imediato redimensionamento da pena imposta ao paciente, pela aplicação da redutora, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Aponta constrangimento ilegal pela consideração da quantidade de drogas para negar a causa de diminuição da pena, porque o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que a quantidade de droga não pode ser utilizada, de forma isolada, para negar o benefício.

Não há ilegalidade na hipótese dos autos. No julgamento do recurso de apelação, a Câmara Criminal, de forma acertada, fixou a pena-base no piso mínimo, afastando a elevação feita de 10 meses, em razão da quantidade de drogas, por já ter essa sido utilizada na terceira fase, para não configurar o *bis in idem*. Não procede a alegação da defesa de não ser possível a negativa do privilégio, em razão da quantidade de drogas. O que não se aceita é a dupla configuração, na primeira e na terceira fase. No caso, a quantidade e a natureza das substâncias entorpecentes foram consideradas apenas para afastar a causa de diminuição da pena, e, tratando-se de alta quantidade, como na espécie - 12.154 g de crack, 2.607 g de maconha e 815,49 g de cocaína -, mostra-se

fundamentado o julgado, por ser incabível o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Além disso, no caso, ainda foram apreendidos outros apetrechos. 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 373523/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 21/8/18)

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

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator