HABEAS CORPUS Nº 484.669 - SP (2018/0336747-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	FABIO AUGUSTO VARGA
ADVOGADO	:	FABIO AUGUSTO VARGA - SP0140634
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	YURI GOES DO NASCIMENTO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de YURI GOES DO NASCIMENTO em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Sustenta neste *writ*, em suma, patente constrangimento ilegal decorrente de fundamentação inidônea para a não aplicação do redutor da pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, e que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do Paciente.

Requer, assim, seja aplicado o redutor do art. 33, § 4° da Lei 11.343/06, com o consequente abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritivas de direitos, bem como a suspensão da execução antecipada da pena.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal ofertou parecer pela denegação do *habeas corpus*.

É o relatório.

DECIDO.

O Tribunal de Justiça não reconheceu a minorante do tráfico privilegiado aos seguintes fundamentos (fls. 39-45):

> Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria do tráfico à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base em um sexto (1/6) acima do mínimo legal, vale dizer, cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.
>
> Pondere-se que **o incremento se mostra condizente com a circunstância negativa consistente na considerável quantidade, variedade e natureza acentuadamente lesiva dos entorpecentes apreendidos, parte deles (cocaína)** dotada de proeminente poder viciante, desnudando a situação dolo exacerbado ou intensa culpabilidade a exigir a majoração da pena básica, consoante artigo 42 da Lei n°. 11.343/06, a par de o quadro possibilitar ao agente atingir maior número de usuários, com efetiva contribuição à disseminação do vicio e correlata destruição de lares ou famílias.
>
> Sobre o tema já se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao assentar que"O art. 42 da Lei n^{c} 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com

preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4C do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nc 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida - 13 (trezej pedras de crack - justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3 (STJ, 5ª T., HC 225575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Dje de 05-6-12).

"Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente. a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06' (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014, grifei).

Também "Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as conseqüências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes' (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, grifei).

"1. A natureza da droga apreendida - cocaína, dotada de alto poder viciante - constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006' (STJ, HC 338379/SP, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, julgado 06-12-2016, sem grifo no original).

A circunstância negativa em pauta não só exige sanção mais severa como, também, deve ser sopesada para indicar dedicação a atividade espúria ou integração a organização criminosa, tal como há pouco assentou o Superior Tribunal de Justiça com lastro em remansosa jurisprudência, in verbis: [...]

Posicionamento da Suprema Corte não dissente, anotando-se que, "1. Consoante a inteligência do art. 42 da Lei nc 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da penax (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgado 04-8-2015, sem grifo no original).

Igualmente, a quantidade apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal (STF, RHC 122598, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 14-10-14, grifo inexistente no texto original), enquanto o "próprio artigo 42 da lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena base em razão da natureza da droga (STF, RHC 117489/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, julgado 18-6-2013, grifou-se).

Na segunda etapa da dosimetria, reduziu-se a sanção ao piso diante da menoridade relativa do agente, chegando-se ao patamar definitivo de cinco (5) anos de reclusão, mais quinhentos (500) dias-multa, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

Incogitável a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n°. 11.343/06.

Num primeiro ponto, tem-se que **o apelante não demonstrou exercer função licita de forma satisfatória (ao contrário, em juízo, declarou-se "desempregado" - fls. 07), detalhe apto a indicar ser a mercancia espúria a "profissão" ou meio de vida dele, dai a dedicação a atividade criminosa** incondizente com a minorante em pauta, **peculiaridade confirmada pela posse de palpável volume de drogas a indicar habitualidade na delinqüência** (somente pessoa profundamente enfronhada no "mundo do crime" pode obter tamanha quantidade de tóxicos, inferindo-se dai ocupar o agente posição de destaque em organização espúria), **lembrando haver o agente informado aos policiais atuar no tráfico há pelo menos um mês**.

"Como não tem outra atividade, a única conclusão a que se pode chegar é que se dedica costumeiramente à atividade criminosa de comércio de entorpecentes; e, como não tem renda proveniente de origem diversa, somente se pode concluir pertencer a organização criminosa que a abastece com a droga a ser comercializada" (TJESP, Apelação Criminal n°. 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador SOUZA NERY).

De outra banda, **o próprio réu admitiu registrar "passagem' por tráfico de drogas e, embora tenha sido absolvido no feito anterior (fls. 253/255), não se pode ignorar ter sido preso em flagrante pelo mesmo delito pouco mais de um ano depois, tudo a desvendar a habitualidade *delinquentium* e ínsita integração à organização espúria igualmente inconciliável com o privilégio.**

Num segundo ângulo, deixou claro o Superior Tribunal de Justiça que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas, bem como as circunstâncias da abordagem do agente, por si sós, indicam a maior periculosidade social da ação, outro obstáculo á incidência da causa de redução de pena (STJ, HC 182.359/RJ).

Inúmeros julgados expressam tal solução, sendo certo que 'A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas permitem a ferir que o agente se dedica a atividade criminosa' (STJ, HC 350122/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Dje 28-4-2016, grifei), além de variegados pronunciamentos emanados do mesmo Sodalício formando a jurisprudência a respeito do tema (STJ, AgRg no REsp 1578930/MG, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 02-5-2016; HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado 28-6-2016; HC 321613/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 10-6-2016; HC 362619/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado 15-9-2016; HC 362266/RS, idêntico Relator), bem como da mais Alta Corte.

[...]

E o fato de se considerar a quantidade, variedade e a proeminente lesividade de parte das substâncias entorpecentes na primeira fase da dosimetria não traduz *bis in idem*, porquanto sopesadas as circunstâncias em momentos e para fins diversos.

Não por outro motivo, impossível '"[...] se falar em *bis in idem*, pois, embora

> haja simples referência à quantidade de droga apreendida, ela não foi um fator preponderante na negativa de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, já que se entendeu, em razão das circunstâncias em que foi praticado o delito, que o agravante se dedicava à atividade criminosa, o que, por si só, obsta a incidência do redutor de pena pretendido (HC 136.177-AgR, Rei Min. Dias Toffoli)'. 5. Agravo regimental a que se nega provimento' (STF, HC 141167/AgR/SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, julgado 02-6-2017).
> Diante de tal lógica, como deixou claro o Ministro MARCO AURÉLIO ao relatar o HC 118026/SP em julgamento ocorrido dia 07 de marco de 2.017. "A Turma vem proclamando que é possível, visando definir a percentagem de diminuição, ter presentes as circunstâncias judiciais. De inicio, descabe vislumbrar duplicidade porquanto, no tocante à pena-base, está-se no âmbito das balizas do próprio tipo, a preverem pena mínima e máxima. No artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, inexiste limitação aos elementos passíveis de serem levados em conta na fixação da percentagem de diminuição. Assim o é. Tem-se que não se pode ver sobreposição quando se leva em conta as circunstâncias judiciais para efeito de definir a sanção referente á prática criminosa em concreto e. depois, presente esta última, ter-se em consideração os contornos do delito para fixar-se a percentagem alusiva à causa de diminuição da pena'.

Nota-se que a pena-base foi majorada em 10 meses em razão da natureza e da quantidade da drogas – *485,7g de maconha divididas em 26 porções e um "tijolo', além de 25g de cocaína acondicionados em 87 eppendorfs* (fl. 36) –, mesma motivação utilizada para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, aliado ao fato de que *o próprio réu admitiu registrar "passagem' por tráfico de drogas e, embora tenha sido absolvido no feito anterior,* que *o apelante não demonstrou exercer função licita de forma satisfatória* e em razão a confissão do *agente* [tendo] *informado aos policiais atuar no tráfico há pelo menos um mês* (fl. 42).

Vigora, atualmente, perante a Sexta Turma dessa Corte Superior, interpretação no sentido de que uma vez valorada a quantidade e a 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)

Na hipótese dos autos, verifica-se que a confissão informal de que traficava drogas é elemento capaz de comprovar a materialidade delitiva, sendo, portanto, elementar do tipo penal, insuficiente para afastar a causa de diminuição.

A existência de ação penal na qual o paciente foi absolvido, do mesmo modo, não é fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição da pena.

Ademais, a falta de comprovação de ocupação lícita, por si só, não é suficiente para inferir sua dedicação a atividades criminosas.

De se constatar, assim, ilegalidade flagrante, já que valoradas a natureza e quantidade da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria.

Em face da constatação de *bis in idem*, os autos deverão retornar ao Tribunal de Justiça de São Paulo, a fim de que seja realizada nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Por fim, relativamente ao pleito de suspensão da execução provisória da pena, tem-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (DJE 11/10/2016), por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, na ausência de recurso com efeito suspensivo, confirmada, ainda, em repercussão geral (ARE 964246 RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 25/11/2016).

Ressalto que esta Corte permanece cumprindo a decisão mencionada do precedente do plenário da Suprema Corte, inobstante as fortes razões em contrário contidas em decisões da segunda turma daquela egrégia Corte - dispensada indicação casuística de necessidade da cautelar, pois assim não exigida pelo precedente aqui seguido. Aplicam-se, pois, os arts. 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei 8.038/90, c.c. a Súmula 267 do STJ, autorizando-se o imediato início do cumprimento 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 Justiça, a fim de que realize nova dosimetria da pena, dessa vez com a utilização da quantidade e natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator