HABEAS CORPUS Nº 504.009 - SP (2019/0104149-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GUSTAVO SILVA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (147 G DE MACONHA E 15 G DE COCAÍNA). QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). FUNDAMENTO EXCLUSIVO NA QUANTIDADE DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
Writ indeferido liminarmente. Ordem concedida de ofício.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Gustavo Silva dos Santos** em face de ato coator proferido pela Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, nos autos do Processo n. 1500104-66.2017.8.26.0536, deu provimento ao recurso ministerial e redimensionou a pena do paciente para 5 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa, à razão mínima, pela prática de conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

O impetrante alega, em síntese, que, ao aumentar a pena-base em razão da quantidade de droga e afastar o privilégio, o Tribunal local causou evidente constrangimento ilegal ao paciente. Afirma que a consideração da quantidade de drogas tanto para aumentar a pena-base quanto para afastar o redutor caracteriza o vedado *bis in idem*.

Sustenta que a quantidade de droga apreendida, 147 g de maconha e 15 g de cocaína, não é exorbitante ao ponto de justificar o aumento da pena-base e o afastamento do redutor. Acresce que não há nos autos nenhum indício de que o paciente se dedique às

atividades espúrias, não sendo a quantidade de entorpecente suficiente para indicar sua habitualidade.

Argumenta que o regime inicial foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, o que ofende a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Pede a concessão da ordem para adequar a fração da pena na primeira fase, reconhecer o privilégio e fixar o regime inicial diverso do fechado (fls. 3/11).

É o relatório.

A concessão de ordem de *habeas corpus* é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de modo inconteste, a ilegalidade passível de correção pela concessão da ordem.

A impetração pretende que se reconheça a incidência da causa de diminuição da Lei de Drogas.

O tema não foi tratado de forma específica pelo Tribunal local, que tratou a dosimetria nos seguintes termos (fls. 28/29):

> A pena-base imposta ao apelado foi fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, calculados no mínimo legal.
>
> Assiste razão ao representante ministerial, ao pugnar pela elevação da pena-base, em razão da análise do artigo 42 da Lei de Drogas.
>
> Consoante retratado nos autos, o apelante foi detido em poder de cocaína, droga de notório potencial lesivo, motivo pelo qual sua pena-base deve ser fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, perfazendo 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, calculados no mínimo legal.
>
> "A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em conseqüência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública " (TJRS - AC 687055624 - Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda - RJTJRS 130/154).
>
> Em razão da menoridade relativa, na segunda fase, a pena retorna ao mínimo legal.
>
> Impõe-se, ainda, o afastamento da concessão da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.
>
> Não há como admitir-se satisfeitos os requisitos legais. Não é possível afirmar-se que o apelante não se dedique à prática criminosa. Tinha em seu poder grande quantidade (27 porções) de droga de elevado potencial de dano (cocaína), cujo valor é incompatível com sua situação financeira, uma vez que se declarou

> possuir a profissão de soldador, trabalhando informalmente, sem declara seu rendimento (fls. 10), tudo a demonstrar que fazia do tráfico de drogas seu meio de vida, dedicando-se à atividade criminosa. De rigor, portanto, o afastamento da minorante.
>
> A pena totaliza, assim, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Observa-se que o Tribunal local, de fato, exasperou a pena-base e afastou a incidência da causa de diminuição da pena com fundamento na quantidade de drogas apreendida.

Sobre o tema, a posição do Superior Tribunal de Justiça, e também do Plenário do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que as circunstâncias relativas à quantidade e natureza de drogas apreendidas podem ser utilizadas na primeira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para modular a fração de diminuição decorrente da incidência de causa de diminuição, sempre de forma não cumulativa, sob pena de se caracterizar *bis in idem*.

Nesse sentido: REsp n. 1.294.540/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 25/2/2016; REsp n. 1.225.059/MG, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 10/4/2014; e AgRg no REsp n. 1.357.075/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/8/2014.

No caso em análise, não se verifica exatamente a utilização do mesmo vetor para fins de exasperação da pena-base e modulação da fração de diminuição da pena. Quando da primeira fase da dosimetria, o Tribunal local mencionou a qualidade da substância apreendida, destacando seu alto poder lesivo (cocaína). Na terceira fase, valeu-se da quantidade de drogas para concluir pela dedicação do paciente às atividades criminosas.

São vetores diferentes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e, na terceira fase, a quantidade de drogas foi utilizada como elemento para afastar a causa de diminuição. Não é a hipótese jurisprudencial de *bis in idem*.

Verifico, no entanto, a ocorrência de flagrante ilegalidade.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou, não é

suficiente a conclusão pelo pertencimento à organização criminosa ou dedicação às atividades criminosas com base exclusiva na quantidade de drogas apreendida.

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.716.202/PR, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/6/2018.

Admite-se, no entanto, que a quantidade seja elemento de convicção acerca do pertencimento à organização criminosa ou da dedicação às atividades criminosas.

Essa diferenciação entre elemento de convicção e fundamento exclusivo foi esmiuçada pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 118.697/SP, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 27/5/2014, hipótese em que não se configura o *bis in idem* quando há menção à quantidade de droga também na primeira fase da dosimetria.

Ora, *in casu*, a quantidade de droga apreendida foi utilizada como elemento de prova exclusivo da dedicação do paciente às atividade criminosas, a partir da qual o julgador *a quo* construiu a hipótese de que o paciente se dedica às atividades criminosas. Tal ilação configura constrangimento ilegal nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

Assim, necessário aplicar a causa de diminuição no patamar máximo, 2/3, com a consequente fixação do regime inicial na modalidade aberta, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a serem especificadas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto, **indefiro** liminarmente a ordem. No entanto, **concedo** a ordem de ofício para aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, à razão mínima, substituindo, ainda, a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator