HABEAS CORPUS Nº 495.084 - SP (2019/0054244-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DIEGO DERICO VELLOSO
ADVOGADO	:	DIEGO DERICO VELLOSO - SP334160
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCELO DANILO COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCELO DANILO COSTA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO assim ementado (fl. 99):

> Tráfico de drogas. Apreensão de 12 porções de cocaína, pesando cerca de 442g. Sentença parcialmente procedente à acusação. Recurso da defesa. Cerceamento de defesa por indeferimento de realização de exame toxicológico. Não cabimento. Demonstração de necessidade não efetivada.
> Desclassificação para a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Tóxicos. Inocorrência. Acervo probatório que revela envolvimento do sentenciado com a traficância. Inviabilidade da aplicação da minorante legal. Quantidade excessiva da droga denota a incorporação do agente à organização criminosa, o que impede o benefício. Inexistência de bis in idem quando o mesmo critério é utilizado para majoração da pena-base e indicativo de dedicação à atividade criminosa. Precedentes. Pena de multa dosada com critério. Impossibilidade de conversão da reprimenda corporal em alternativas.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 166 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Interposto recurso de apelação pela Defesa, a Corte de origem negou provimento ao reclamo, mantendo na íntegra a sentença.

Sustenta neste *writ*, em suma, constrangimento ilegal por inexistir motivação idônea para que se afastem a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, e a fixação do regime mais brando, bem como para a negativa de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

Requer, assim, seja aplicada redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, fixado o regime prisional aberto e seja efetivada a substituição.

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa que inexiste fundamentação concreta para o afastamento da redução de pena do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos, como também para não se fixar regime de cumprimento de pena mais brando e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O decreto condenatório fixou a dosimetria da pena do paciente nesses termos (fl. 58):

> Concluindo pela condenação, passo a fixar a pena. Fixo a pena base em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de 583 dias- multa, **considerando a expressiva quantidade de entorpecente apreendida**. Ausentes agravantes ou atenuantes. **Deixo de reconhecer o privilégio previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, considerando que a quantidade de drogas apreendida e as informações da polícia indicam a habitualidade do comércio ilícito de entorpocentes.** O regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto, diante do montante estabelecido, nos termos do Código Penal. Inviável a concessão de qualquer benefício penal, diante do montante da condenação.

O Tribunal de origem manteve a sentença, também quanto ao afastamento da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com base nos seguintes fundamentos (fls. 109-110, 113, 115-116):

> Na derradeira fase, a incidência da minorante está condicionada ao preenchimento cumulativo dos requisitos legais, quais sejam, primariedade, bons antecedentes e que o agente não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa.
> Respeitosamente, quantidades relevantes, como as dos presentes autos, a saber, quase meio quilo de maconha, são denotadoras de que o agente, para ter acesso a elas, incorporou-se à organização criminosa, critério jurisprudencial encontrável tanto no Col. Supremo Tribunal Federal (RHC 117.867/MG rel. Min. Luiz Fux j.
> 22.10.2013), quanto no E. STJ (AgRg no AREsp 359.220/MG rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 3.9.2013 e AgRg no AREsp 180.580/MG mesma rel. j. 7.3.2013).
> [...]
> E, o apelado não comprovou formalmente o desempenho de trabalho lícito, de modo que não há explicação de como teria adquirido as porções de estupefacientes, senão com o comércio proscrito.
> [...]
> [...] ainda na condição técnica de primário, o faltoso pode ver recusada a redução do parágrafo 4º p**or conta da quantidade de estupefacientes, ou mesmo em razão da diversidade de substâncias proscritas localizadas consigo**, sem olvidar quando eventualmente apreendidos apetrechos peculiares ao comércio clandestino como balanças de precisão, tubetes, vazios, rolos de papel- filme, carros, armas, telefones celulares ou quantias em dinheiro, de vulto ou trocados, etc.
> [...]
> Não ao acaso a Min. ROSA WEBER, novamente no Pretório Excelso, legou escólio pelo qual “a expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, acondicionadas em porções passíveis de imediata disseminação, denotam o intenso envolvimento do paciente com o tráfico, a justificar a

> recusa da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006" (HC 122.594/SP, j. 23.9.2014).
> Predica mesma orientação o STJ, confira- se no julgamento do REsp 1.344.604, rel. a Min.
> MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 3.2.2014: "(...) interpretando o dispositivo legal em comento, esta Corte Superior de Justiça tem decidido que a expressiva quantidade de entorpecentes apreendida em poder do acusado, bem como a sua natureza, constitui circunstância hábil a denotar a dedicação às atividades criminosas, podendo impedir a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais".
> [...]
> Também segundo o E. Superior Tribunal de Justiça, **não há bis in idem quando o Tribunal a quo fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade elevada da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do réu à atividade criminosa**, que é possível restar evidenciada pela quantidade da droga apreendida (HC 342.870/SP, rel. Min.
> Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 19.4.2016).

Para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nota-se que as instâncias ordinárias valoraram além da quantidade de drogas outros elementos dos autos, notadamente *as informações da polícia indicam a habitualidade do comércio ilícito de entorpocentes* (fl. 58).

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação à atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos, sob pena de indevido *bis in idem*.

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).

Por fim, inalterada a reprimenda ficam prejudicados os pleitos de abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator