HABEAS CORPUS Nº 507.710 - SP (2019/0123846-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DANILO RODRIGUES REZENDE DE ARAUJO
ADVOGADO	:	DANILO RODRIGUES REZENDE DE ARAUJO - SP375981
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DIEGO SOUZA LEONARDO

DECISÃO

DIEGO SOUZA LEONARDO alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na** Apelação Criminal n. 0017362-19.2017.8.26.0196.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. A Corte de origem reformou a sentença a fim de agravar o regime inicial de cumprimento de pena.

Neste *writ*, o impetrante aduz que as instâncias ordinárias incorreram em inadmissível *bis in idem*, uma vez que consideraram a quantidade de droga apreendida – 413,92 g de maconha – tanto na primeira fase da dosimetria, a fim de exasperar a pena-base, quanto na terceira, para justificar a aplicação da minorante referente ao tráfico privilegiado em patamar inferior ao máximo.

Sustenta, também, que o acórdão impugnado está em desconformidade com as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, porquanto o regime fechado foi inidoneamente fundamentado, sobretudo diante da primariedade e da ausência de maus antecedentes do paciente.

Requer, em liminar, **a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas no seu índice máximo e a fixação do regime aberto ou, subsidiariamente, semiaberto**.

A liminar foi indeferida e, prestadas as informações, o

Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Decido.

Quanto ao almejado reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o Tribunal de origem manteve a incidência do redutor no **patamar de 1/6**, conforme trecho abaixo (fls. 443-444, grifei):

> Por fim, na terceira fase, o MM. Juiz sentenciante entendeu que **o acusado fazia jus à redução da reprimenda e houve por bem abrandá-la na proporção de 1/6** (um sexto), com fulcro no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Importante ressaltar que o representante do Ministério Público não se insurgiu quanto a este aspecto da dosimetria e, assim, não é possível cogitar de afastamento do redutor, para que não se configure *reformatio in pejus*.
> Cumpre consignar, outrossim, que, quanto à aplicação dessa benesse prevista no parágrafo 4º do art. 33 da lei especial de regência, pretende o apelante que haja a diminuição máxima da pena, **alegando que o Juízo não poderia ter levado em conta a quantidade da droga a fim de estabelece-la em menor patamar, uma vez que já havia mencionado isto na dosagem da pena-base** (embora, depois, esta tenha sido reduzida ao piso por conta da atenuante). Contudo, **tal argumento não prospera, porquanto as considerações mencionadas são feitas na sentença em momentos distintos, para finalidades completamente diferentes**. Ou seja, **trata-se de ponderação de uma circunstância (no caso, quantidade da droga) em campos diversos, porquanto num primeiro momento se tratou de mensuração da pena-base e, depois, cuidou-se de avaliar o cabimento, ou não, de um beneficio, bem como o grau em que poderia ser concedido**. Deveras, é cediço que grande quantidade de droga pode, inclusive, impedir a concessão do benefício do parágrafo 4º, evidenciando dedicação às atividades criminosas. E, se pode impedir, pode também, por óbvio, fazer com que a redução de pena dele decorrente seja aquém da máxima prevista. Destarte, não há *bis in idem*, pois são searas diversas de ponderação da circunstância (dosagem da pena-base e concessão de benefício). Do contrário, chegar-se-ia à inaceitável conclusão, *verbi gratia*, de que haveria dupla incidência se, em algum caso, viesse a ser considerada a personalidade do

> réu para estabelecer a pena-base e, posteriormente, fosse mencionada para fixação do regime prisional. Ou se eventual reincidência fosse invocada para este fim depois de levada em conta como agravante.
> [...]

De início, ressalto que o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estabelece apenas os requisitos necessários para a aplicação da minorante nela prevista, **sem delinear os parâmetros para a fixação do *quantum* de diminuição**. A respeito do tema, a jurisprudência desta Corte Superior é assente em afirmar que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, **as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas**. A propósito: **AgRg no REsp n. 1.429.866/MT**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 1º/6/2015.

Na espécie, observo que **a quantidade da droga apreendida foi utilizada tanto para exasperar a pena-base quanto para estabelecer a fração da minorante**.

Ainda, por ocasião do julgamento dos HCs n. 109.193/MG e 112.776, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que **as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, ou na primeira ou na terceira fase, sempre de forma não cumulativa.** Esse fato privilegia, de acordo com o Relator (Ministro Teori Zavascki), o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena.**

Sobre a matéria posta em discussão, menciono o seguinte

julgado desta Sexta Turma, em que já se seguiu a compreensão consagrada pelo Plenário da Suprema Corte: **HC n. 294.636/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 29/9/2014. Na oportunidade, determinou-se que o Magistrado de primeiro grau procedesse à nova dosimetria da pena, utilizando a quantidade e/ou a natureza da droga somente em uma das etapas da dosimetria.

Menciono, também, precedentes da Corte Suprema que seguiram a orientação do Pleno: **HC n. 123.999/MT**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 28/10/2014; **HC n. 123.534/RJ**, Rel. Ministra **Cármen Lúcia**, DJe 10/10/2014.

Dessa forma, uma vez que o mesmo fundamento (quantidade de entorpecentes apreendidos) foi utilizado para justificar tanto a exasperação da pena-base quanto para a escolha da fração da minorante do § 4º do art. 33, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do *ne bis in idem***.

Como a ilegalidade adveio de ato emanado do Juiz de primeiro grau, caberá a ele realizar nova dosimetria da pena, **com a menção à tais circunstâncias em somente uma das etapas da dosimetria**.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo a ordem para, em face do indevido *bis in idem*, determinar ao Juiz de primeiro grau que proceda à nova dosimetria da pena**, com a utilização da quantidade da droga apreendida em somente uma das etapas do cálculo, seguida de novo exame a respeito do regime inicial de cumprimento da reprimenda e da possibilidade de substituí-la por medidas restritivas de direitos.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**