HABEAS CORPUS Nº 479.536 - SP (2018/0306681-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	VITOR FERREIRA DO NASCIMENTO LUCIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de VITOR FERREIRA DO NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0008589-34.2017.8.26.0309).

Infere-se dos autos que o paciente foi absolvido, em primeiro grau, da acusação de ter praticado o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006).

Interposta apelação, pela acusação, o Tribunal deu provimento ao recurso para condenar o paciente pela prática do referido delito, fixando a pena em 5 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o paciente preenche todos os requisitos para a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ressalta que esse benefício foi negado com base na quantidade de entorpecente, elemento que também foi considerado no aumento da pena-base, havendo, assim, indevido *bis in idem*.

Alega, ainda, que o paciente faz jus à fixação de regime mais brando e à substituição da pena por medidas restritivas de direitos

Diante disso, requer a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a alteração do regime prisional e a substituição da pena.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e pela denegação da ordem (fls. 228/234).

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

No caso, o paciente foi acusado de ter em depósito "*1.403 tubetes contendo "cocaína" 420,9g (peso líquido), 266 tubetes contendo "crack" 60,9g (peso líquido), 37 invólucros de "maconha" 80g (peso líquido) e 34 frascos de lança-perfume"* .

Reformando a sentença absolutória, o Tribunal *a quo* condenou o paciente por tráfico de drogas. Na dosimetria da pena, elevou a pena-base com fundamento na grande quantidade de droga apreendida. Na terceira fase, não aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Confiram-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

> *[…]*
> ***Inicialmente, vê-se que, face à gravidade concreta dos fatos em análise notadamente a grande quantidade e variedade de drogas apreendidas, impende-se majorar a pena-base em 1/6 (um sexto), totalizando 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.***
> *Na segunda fase, reconhecida a atenuante da menoridade relativa, retornam-se as sanções ao mínimo, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.*
> *Na derradeira etapa dosimétrica, inviável o reconhecimento do tráfico privilegiado, ainda que em seu índice mínimo, em razão da expressiva quantidade e variedade de tóxicos apreendidos, bem como da existência de um caderno contendo anotações alusivas à contabilidade do tráfico e de rádios comunicadores,* ***tudo a evidenciar o envolvimento de VITOR com as atividades criminosas.***
> *Além disso, conforme bem salientado pelo ilustre Promotor de Justiça, "dias após essa apreensão, ele foi preso em flagrante praticando o crime de tráfico de drogas, naquele mesmo bairro. Essas circunstâncias deixam claro seu envolvimento nesse tipo de delito, demonstrando que não ele não se encaixa no conceito de traficante eventual, mas, ao contrário, que ele se dedica a esse tipo de atividade criminosa, fazendo dela seu meio de vida" (fls. 177).*
> *Neste ponto, não há que se falar na ocorrência de bis in*

idem, sob o argumento de que a quantidade e qualidade de drogas foram sopesadas simultaneamente em dois momentos distintos da dosimetria.

Isso porque, a utilização concomitante da quantidade/natureza das drogas para configuração de circunstância judicial desfavorável e consequente exasperação da pena-base (primeira fase), bem como para afastar a incidência do tráfico privilegiado, por demonstrar que o acusado se dedica às atividades criminosas (terceira fase), não constitui bis in idem.

Diversa seria a situação em que o julgador utiliza a quantidade de tóxicos tanto para configuração de circunstância judicial desfavorável, quanto para dosar o índice redutor decorrente do reconhecimento do tráfico privilegiado.

[...]

Em seguida, ausente o requisito objeto previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável pretender-se da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Finalmente, estipula-se o regime prisional fechado, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, porque guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto, perniciosidade e quantidade das substâncias apreendidas, e, ainda, com as seríssimas consequências deste delito, o qual atenta contra a saúde pública e dissemina o vício, contribuindo com a degradação da pessoa, da família e do convício social.

Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao apelo ministerial, a fim de condenar VITOR FERREIRA DO NASCIMENTO pela prática do crime previsto no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso. Assim que esgotadas as vias ordinárias para recursos nesta Instância, expeça-se mandado de prisão. (fls. 156/162)

A impetrante sustenta a existência de indevido *bis in idem* sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade de entorpecente apreendido, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

Razão não lhe assiste.

A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das **circunstâncias do delito**, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes,

inviabilizando a concessão do benefício.

Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para **afastar** a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura indevido *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga "*tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para* ***modular*** *a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006"* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confiram-se os seguintes julgados:

> *[...] o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e* ***na definição do patamar da fração*** *da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem* ***o não reconhecimento do tráfico privilegiado*** *[...]* (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

> *[...] Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e* ***afastar o redutor*** *previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 -* ***por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas - não significa tenha havido bis in idem*** *na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento,* ***na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição,*** *situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado. [...]* (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).

> *[...]* ***Não há bis in idem*** *se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06,* ***deixou de ser aplicada*** *por integrar o Condenado organização criminosa.* ***Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal,*** *no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual em 04/04/2014* ***(ARE 666.334/AM,*** *Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...].* (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Quanto ao regime prisional, a expressiva quantidade de droga apreendida – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.* ***PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO.*** *QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA.* ***PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.*** *POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP.* ***REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO.*** *HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa*

forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

Por fim, incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos em razão da manutenção da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 44, inciso I do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator