

**HABEAS CORPUS Nº 548.887 - SP (2019/0358239-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : RAUL CARVALHO NIN FERREIRA - SP267262  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO VITOR MARTINS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **João Vitor Martins**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 00001980820188260616) – fl. 366:

TRÁFICO - Art. 33, caput da Lei n. 11.343/2006. Recurso da Defesa: Preliminar - Nulidade pela ilicitude da confissão informal do réu - Inocorrência - Policiais não são obrigados a informar a garantia ao silêncio nas diligências que culminam na prisão em flagrante - Sentença que não foi fundamentada em prova ilícita, pois não se baseou somente na confissão informal. Mérito - Pedido de absolvição - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Robusto conjunto probatório - Palavra dos policiais que é segura e coerente. Pedido de Desclassificação do crime para o artigo 28 da Lei 11.343/06 - Inatendível - Condição de usuário que não afasta a responsabilidade do acusado, bem como o mesmo foi flagrado em ato típico da traficância. Pena: Redução da pena base - Possibilidade - Aumento que se mostrou exacerbado - Porém impossível a fixação no mínimo - Mantida apenas a pena de multa que já tinha sido pouco majorada - Maior redução pelo benefício do §4º, do artigo 33, da Lei de Drogas - Impossibilidade - Adequada a fração aplicada tendo em vista as circunstâncias apuradas - Impossibilidade de substituição da pena corporal por restritiva de direitos - Pena superior a 04 anos - Mantido o regime inicial fechado - Regime mais brando não seria suficiente à repreensão - Dado parcial provimento.

Verifica-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 366 dias-multa, porque trazia consigo, para fins de tráfico, 8 g de maconha e 56 g de cocaína. O Tribunal estadual negou provimento ao recurso de apelação.

No julgamento da apelação, a pena foi reduzida a 4 anos e 2 meses de reclusão, mantidos o regime fechado e o pagamento de 366 dias-multa.

Alega-se, primeiramente, que basta a mera leitura tanto da sentença quanto do acórdão, para se verificar que os depoimentos dos policiais testemunhas – que afirmaram que o paciente confessou a prática do tráfico no momento da abordagem policial – é a única prova que sustenta a condenação. O prejuízo, assim, absolutamente manifesto (fl. 9).

Requer-se, portanto, o reconhecimento da nulidade da "confissão informal", inclusive das provas ilícitas por derivação consistentes no depoimento dos policiais testemunhas, bem como da própria sentença, renovando-se a instrução processual (fl. 10).

Sustenta-se, ainda, que houve equívoco na dosimetria, tendo em vista que não foram apontados fundamentos idôneos para o aumento da pena-base acima do mínimo legal e para a não aplicação da causa de redução pelo tráfico privilegiado na fração máxima.

Entende que a folha de antecedentes não pode ser utilizada para valorar negativamente a personalidade do réu e a quantidade de drogas apreendida seria irrisória.

Pleiteia a revisão da dosimetria, com a redução da pena, abrandamento do regime prisional, além da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

É o relatório.

Inicialmente, não ficou evidenciada a nulidade apontada, esclarecendo o acórdão que, ao contrário do que alega a defesa, a sentença não foi fundada em prova ilícita, pois não foi baseada somente na mencionada admissão de culpa informal, mas, sim, nas demais provas obtidas na investigação e na instrução penal, sendo certo, ainda, que não ficou comprovado o efetivo prejuízo decorrente da suposta nulidade (fl. 368).

Já com relação à dosimetria, verifiquei que há o manifesto constrangimento ilegal.

A quantidade da droga foi utilizada tanto para a elevação da pena-base quanto para a determinação da fração de 1/3 na causa de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o que contraria o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo

conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência.

(ARE n. 666.334/AM, Ministro Gilmar Mendes, DJe 6/5/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, C/C ART. 40, I, AMBOS DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (22 KG). CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA FIXAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO PLENO DO STF. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E GRANDE QUANTIDADE DO ENTORPECENTE ENCONTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. **As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado por tráfico de entorpecentes, apenas podem ser utilizadas, na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa.** Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki, Pleno, julgamento realizado em 19/12/2013.

2. **O magistrado sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, deve definir em que momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga há de ser utilizada, vedada a forma cumulativa sob pena de ocorrência de *bis in idem*.**

3. *In casu*, a) o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, I, ambos da Lei 11.343/2006, (tráfico internacional de drogas), posto flagrado pela Polícia Rodoviária Federal, em um ônibus de viagem, transportando consigo 22 kg (vinte e dois quilogramas) de maconha, proveniente do Paraguai que seria revendida em Brasília/DF. b) O magistrado de primeiro grau e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consideraram a quantidade da droga apreendida em poder do paciente para fixar a pena-base acima do mínimo legal e utilizaram desse mesmo fundamento para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na fração de 1/2 (metade). c) O Tribunal Regional Federal da 4ª Região fixou o regime semiaberto e vedou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pois, as peculiaridades do caso, tráfico internacional, “a quantidade significativa e o grande número de usuários que seriam atingidos com eventual comercialização, a substituição seria insuficiente para reprimir o delito em questão.”

4. No caso sub examine, o regime semiaberto foi devidamente fixado com fundamento na quantidade de droga apreendida, bem como nas circunstâncias do caso concreto. Precedentes: HC 108.487, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/09/2012 e RHC 101.278, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 21/05/2010.

5. A conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos depende do atendimento dos requisitos fixados no art. 44 do Código Penal, o que não ocorre na hipótese, uma vez que as circunstâncias de caso demonstram que a substituição da pena seria insuficiente e inadequada para reprovação e prevenção do delito.

6. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo sentenciante ou, se for o caso, ao Juízo da execução penal, que proceda à nova dosimetria, analisando as circunstâncias da quantidade da droga apenas em uma das fases do cálculo da pena.

(HC n. 120.604, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/3/2014)

[...]

1. A jurisprudência desta Corte estava sedimentada no sentido de que a utilização da quantidade e qualidade da droga apreendida tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não caracteriza *bis in idem* (HC n. 229.691/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2013; AgRg no REsp n. 1301.826/SP, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 20/11/2013).

**2. No julgamento do HC n. 109.193/MG, em 19/12/2013, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a utilização da quantidade e qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 caracteriza *bis in idem*.**

3. Diante da posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há motivo para insistir na manutenção da tese contrária, que até então vinha sendo acatada na Sexta Turma.

4. Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.225.059/MG, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 10/4/2014)

Já a circunstância da personalidade, avaliada negativamente por ter o réu cometido o crime logo após ser beneficiado com a liberdade provisória em outro processo, não me parece, de plano, inidônea. Não há semelhança entre o posicionamento adotado na origem com o desta Corte, que proíbe a utilização de maus antecedentes para valorar negativamente a personalidade.

A pena-base, portanto, em razão do *bis in idem*, deve sofrer redução, incidindo na fração de 1/6, em vez de 1/4, o que representa 5 anos e 10 meses de reclusão.

A aplicação da causa de redução pelo tráfico privilegiado no patamar de 1/3 parece-me adequada, considerando que, além de o réu ter sido flagrado com **variedade de substâncias ilícitas**, há elementos que demonstram que ele praticava o delito em comparsaria, pois vendia os entorpecentes para outro indivíduo.

Refeita a dosimetria nesses moldes, a pena definitiva do paciente, fica

# *Superior Tribunal de Justiça*

estabelecida em **3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 366 dias-multa.**

O **regime semiaberto** mostra-se adequado à espécie, observada a existência de circunstâncias judiciais negativas.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem para fixar a pena do paciente em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 366 dias-multa.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator