HABEAS CORPUS Nº 450.239 - SP (2018/0114577-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	ESTER TAVARES FERNANDES LOPES
ADVOGADO	:	ESTER TAVARES FERNANDES LOPES - PR070020
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WILLIAM DE PAULA PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WILLIAM DE PAULA PEREIRA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foi o paciente condenado, como incurso no crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), a 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multa, pois adquiriu e guardou, para fornecer a consumo de terceiros, **5,592kg (cinco quilos, quinhentos e noventa e dois gramas) de maconha e 1,160kg (um quilo, cento e sessenta gramas) de cocaína**.

Houve apelação da defesa.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 15):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Defesas almejam, em síntese, absolvição por insuficiência de provas e redimensionamento da pena. O Apelante WILLIAN, em sede preliminar, pede para apelar em liberdade.*
>
> *Apelo em liberdade prejudicado diante do presente julgamento. Bem delineadas as razões pelas quais foram mantidas as prisões cautelares dos ora Apelantes.*
>
> *Mérito absolvição inviável no presente caso. Autoria e materialidade comprovadas. Os milicianos apresentaram versões coesas acerca dos fatos, não havendo qualquer motivo para duvidar de tais testemunhos mesmo porque detêm a obrigação de contar a verdade, sob pena de responderem inclusive por falso testemunho. Entender que seus depoimentos devem ser analisados com parcimônia tão somente pela condição funcional que exercem não encontra guarida no ordenamento jurídico mesmo porque, no caso em tela, não restou minimamente comprovado que teriam qualquer intento no desfecho da ação penal.*
>
> *Ademais, não é necessária atividade de venda, sendo que todos os elementos carreados aos autos demonstram a finalidade mercantil.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

> *Dosimetria não merece reparos Pena bem delineada. A figura privilegiada do tráfico não se faz de forma automática, sendo necessária a análise das circunstâncias do caso concreto, a indicar que os Réus podem se beneficiar de tal benesse. No mais, não obstante hodiernamente haja a possibilidade de substituição da corpórea por restritivas de direitos, também não faz jus o apelante à benesse. Isto porque tal medida seria insuficiente e ineficaz à reprovação do agente e à repreensão do direito.*
>
> *Detração penal é matéria afeta ao Juízo da Execução. Da mesma forma, o pedido de assistência gratuita Recursos não providos.*

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública "*a violação ao princípio do* no bis in idem*, pois tanto no aumento da pena-base (primeira fase), quanto na escolha do percentual de redução previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (terceira fase), o Tribunal de origem levou em consideração a quantidade e a natureza da substância entorpecente*" (e-STJ fl. 3).

Sublinha, ainda, que "*todo o entorpecente foi apreendido com o outro réu, sendo que nada estava com o ora paciente, não podendo ser duplamente penalizado pelo total de droga apreendida*" (e-STJ fl. 4).

Reverbera, ademais, que deve ser afastado o tratamento de crime hediondo no caso em questão. Acrescenta que o paciente faz jus ao benefício da progressão, por já ter cumprido mais de 1/6 (um sexto) da pena.

Diante disso, pede, liminar e definitivamente, que, reconhecido o *bis in idem*, se proceda à nova dosimetria da pena do paciente. Busca, ainda, "*o não tratamento de crime hediondo, no caso do paciente para que possa progredir de regime cumprindo 1/6 de sua pena*" (e-STJ fl. 6).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 80/82).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do presente inconformismo (e-STJ fls. 108/111).

É o relatório.

Decido.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

No caso em desfile, diviso constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, visto que a natureza e a quantidade de droga apreendida foram consideradas em desfavor do paciente tanto na primeira quanto na terceira fase de aplicação da pena, o que caracteriza o vedado *bis in idem*.

A sentença condenatória fixou a reprimenda do paciente nos seguintes termos (e-STJ fls. 28/42):

> *Tendo em vista a grande quantidade de droga localizada com os acusados, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, elevo a pena em 1/6, fixando-a no patamar de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multas.*
>
> *Ausentes atenuantes ou agravantes, em relação a Willian. Verifico, entretanto, que Bruno é reincidente específico (fls. 320) e possui uma condenação transitada em julgado pelo crime de roubo, à vista do que elevo a sua pena em 1/4, fixando-a no patamar de 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multas. Deixo de reconhecer a atenuante da confissão em relação a Bruno, pois não houve admissão total acerca dos fatos. Isto porque Bruno admitiu somente sua participação no delito, tendo falseado sobre a concorrência aos fatos de Willian.*
>
> *Não há causas de aumento a considerar. Como bem elucidado durante a instrução, o local dos fatos não é próximo a estabelecimento de ensino. Não há causas de diminuição a considerar. Anoto ser inviável o reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. Em relação a Bruno, trata-se de acusado reincidente específico. Mesmo em relação a Willian, verifica-se que não estão presentes os requisitos para aplicação de tal causa de diminuição. É que a grande quantidade de droga encontrada com os acusados demonstra que ambos auxiliam organização criminosa.*

O colegiado local manteve a sentença condenatória tecendo as seguintes considerações acerca da dosimetria da pena (e-STJ fls. 24/26):

> *A pena também não merece reparos.*
>
> *A basal foi fixada acima do mínimo legal, em vista da grande quantidade de droga localizada com os acusados.*
>
> *Com efeito, o laudo pericial indicou, em um primeiro momento, resultado positivo para cocaína. Contudo, em exame posterior, de caráter definitivo, detectou apenas cafeína. No entanto, é certo que foram encontradas 5.592,6 gramas de "maconha" (substância tetrahidrocanabinol) e, ainda, resultou positivo para cetamina e éter etílico.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

> *Assim, o aumento em 1/6 (um sexto), resultando na pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mostra-se coerente.*
>
> *Na segunda fase, em relação a BRUNO, presente a agravante da reincidência (cf. se verifica na folha de antecedente e certidões de objeto e pé encartada nos autos), com aumento da pena em ¼ (um quarto), o que também é coerente, já que demonstrada reincidência específica, perfazendo assim a pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e pagamento de 728 (setecentos e vinte e oito) dias-multa.*
>
> *Não incide a atenuante da confissão, a uma porque não houve admissão total acerca dos fatos, porquanto falseou a concorrência de WILLIAN e, a duas porque a reincidência é circunstância que prepondera sobre a confissão (exegese do artigo 67 do Código Penal).*
>
> *Na terceira etapa, não houve causas de aumento a considerar, porquanto restou demonstrado, no decorrer da instrução criminal, que o local dos fatos não é próximo a estabelecimento de ensino.*
>
> *No presente caso, também não deve ser aplicado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em razão da quantidade de entorpecente apreendido, de modo que se pode concluir que não se tratam de pequenos traficantes.*
>
> *A figura privilegiada do tráfico não se faz de forma automática, sendo necessária a análise das circunstâncias do caso concreto, a indicar que o Réu pode ser agraciado com tal benesse.*
>
> *Não se há falar em bis in idem por ter havido o aumento da pena-base e não aplicação do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 porque se tratam de fases distintas e razões diversas, já que na derradeira etapa o quantum do redutor ou sua inaplicabilidade se dá em observância à suposta dedicação à atividade criminosa, a ser analisada em cada caso concreto.*

Conforme se observa, a sentença e o acórdão local afastaram a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em vista da quantidade da droga apreendida, circunstância já utilizada para a majoração da pena-base, incidindo em inaceitável *bis in idem*. Reparem: não apresentou a Corte estadual outros elementos concretos que pudessem demonstrar a dedicação do sentenciado a atividades criminosas, situação de manifesto constrangimento ilegal.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos *Habeas Corpus* n. 109.193/MG e 112.776/MS, nos quais o Plenário consagrou a orientação de que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto na fixação da pena-base

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

como na aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 configura dupla valoração inadmissível.

Rememoro, ainda, que, em Repercussão Geral no ARE n. 666.334/AM, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, reafirmou-se que as circunstâncias da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena.

Nesse diapasão, confiram-se:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INATACADOS. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NA SÚMULA 182/STJ. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE FIXADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. PREPONDERÂNCIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FUNDAMENTO UTILIZADO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.*
>
> [...].
>
> *3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fase do cálculo da pena.*
>
> ***4. Na espécie, as instâncias ordinárias utilizaram a quantidade da droga apreendida para, a um só tempo, elevar a pena-base muito acima do mínimo legal e afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que configura bis in idem e caracteriza o constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.***
>
> *5. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício.*
>
> (AgRg no AREsp 885.085/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016, grifei).
>
> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Na espécie, verifica-se ocorrência de violação ao princípio do ne bis in idem, haja vista que a mesma circunstância, a saber, a quantidade de drogas, foi utilizada em duas fases da dosimetria - tanto para exasperação da pena-base quanto para a negativa da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 - ocorrendo, pois, sua dupla valoração.

2. O Colegiado estadual não logrou motivar de maneira idônea o quantum de diminuição da pena pela incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, porquanto não declinou qualquer fundamento para justificar a redução da reprimenda em 1/6. A eleição do patamar de redução da pena diante da incidência das referidas atenuantes reclama fundamentação com base nos dados concretos dos autos, o que não ocorreu na espécie.

3. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria, resta prejudicado o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria do paciente, utilizando a quantidade da droga somente em uma das etapas do cálculo da pena, e, ainda, justifique o quantum de redução da pena em razão da incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. (HC 341.483/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...].

2. A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.

3. Não se mostra socialmente recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC

> *expressiva quantidade da droga apreendida com o paciente, que denotam contornos de maior gravidade ao tráfico ilícito de drogas. Precedente.*
>
> *4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o bis in idem ora identificado, mantido no mais o acórdão impugnado.* (HC 297.115/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016, grifei).

Nesse contexto, constatada a flagrante ilegalidade, imperiosa a realização de nova dosimetria da pena do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, devendo a natureza e a quantidade de droga apreendida ser levadas em consideração em apenas uma das fases de aplicação da reprimenda.

Ante o exposto, **concedo a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realize nova dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em apenas uma etapa do critério trifásico, e, após, proceda à nova análise acerca do regime inicial de cumprimento da reprimenda**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 8E444C33-67F2-4389-8AA0-E932F7DBBDCC