

HABEAS CORPUS Nº 543.842 - MG (2019/0332362-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : LUDIMILA DE OLIVEIRA MORAIS E OUTRO
ADVOGADOS : MARCELO GERALDO DOS SANTOS RESENDE - MG108764
LUDIMILA DE OLIVEIRA MORAIS - MG185506
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MAURICIO DOS REIS DO NASCIMENTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MAURICIO DOS REIS DO NASCIMENTO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação n. 1.0701.16.027074-3/001).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela infração penal prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, em razão da posse de diversas porções de drogas totalizando aproximadamente 232g (duzentos e trinta e dois gramas) de cocaína e 31g (trinta e um gramas) de maconha.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o paciente, pelo crime de tráfico de drogas, a 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado. Além disso, determinou a expedição de mandado de prisão quando esgotados os recursos ordinários.

No presente *habeas corpus*, os impetrantes visam impedir a execução imediata da pena. Afirmam que foi interposto recurso especial visando a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alegam que o paciente é primário, possui bons antecedentes, residência e trabalho fixos. Aduzem, ainda, que a "*quantidade de drogas foi valorada negativamente na primeira fase da dosimetria e, posteriormente, na terceira fase para afastar o tráfico privilegiado*" (e-STJ fl. 8), incorrendo em *bis in idem*. Alegam que falta fundamentação para a prisão cautelar. Ao final, requerem a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado quanto à expedição do mandado de prisão.

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 289/293).

Superior Tribunal de Justiça

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 326/333).

É o relatório.

Decido.

No caso em desfile, diviso constrangimento ilegal a ensejar a concessão da ordem, visto que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas 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*.

O colegiado, ao condenar o réu pelo crime de tráfico de drogas, teceu estas considerações acerca da dosimetria da pena (e-STJ fls. 218/232):

Quanto à reprimenda devida ao réu Maurício dos Reis Nascimento, verifica-se que são favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas a quantidade e variedade das substâncias que comercializava, vetores preponderantes, previstos no artigo 42 da Lei de Drogas, impõem a fixação da pena-base acima do mínimo, em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

Na segunda etapa, a confissão qualificada do réu - que não admitiu o tráfico, alegando que a droga apreendida se destinava ao seu próprio consumo - não deve atenuar a pena.

Muito embora viéssemos decidindo pela incidência da atenuante em casos que tais, diante de decisões neste sentido exaradas pelo colando Superior Tribunal de Justiça, recentemente aquela Corte pacificou a matéria em sentido diverso, afastando a aplicação da atenuante nessas hipóteses, editando a Súmula 630, como seguinte teor:

[...]

Na derradeira etapa, também não incidem causas de aumento ou de diminuição de pena.

A quantidade e a variedade da droga - dentre as quais se encontra a cocaína (236 gramas), substância altamente deletéria -, e as circunstâncias do fato, com a apreensão de petrechos para a embalagem do material entorpecente e de substância química própria para o preparo da cocaína (37 frascos de citocaína), que evidenciam o envolvimento mais aprofundado no réu no submundo do tráfico, afastam a incidência da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.313/06.

Concretizo a reprimenda, portanto, em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

Conforme se observa, o acórdão local afastou a aplicação do benefício

descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em vista da quantidade de drogas apreendidas, circunstância já utilizada para a majoração da pena-base, incidindo em inaceitável *bis in idem*. Notem: 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 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, confirmam-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 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.

[...]

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.

[...]

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 drogas apreendidas ser levadas em consideração em apenas uma das fases de aplicação da reprimenda.

Ante o exposto, concedo a ordem para, confirmada a liminar, determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais realize nova dosimetria da pena, considerando a natureza e a quantidade de drogas apreendidas 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, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator