

**HABEAS CORPUS Nº 495.376 - SP (2019/0056502-8)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE : SANTIAGO PASQUETTE PERES**  
**ADVOGADO : SANTIAGO PASQUETTE PERES - SP408136**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : MARCELO DA SILVA BEZERRA (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MARCELO DA SILVA BEZERRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0001565-25.2017.8.26.0318).

Foi o paciente condenado, pela suposta prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pois guardava e tinha em depósito, para fins de tráfico, **48 *ependorfs* de cocaína, com peso de 39,44g (trinta e nove gramas e quarenta e quatro centigramas), 69 pedras de crack, pesando 19,88g (dezenove gramas e oitenta e oito centigramas), e um tijolo de maconha, com peso de 180,62g (cento e oitenta gramas e sessenta e dois centigramas).**

Contra o édito condenatório insurgiu-se a defesa.

Em sessão de julgamento realizada em 21 de fevereiro de 2019, os desembargadores integrantes da Oitava Câmara de Direito Criminal, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso do paciente.

O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fls. 405/406):

*APELAÇÃO CRIMINAL PLEITO PRELIMINAR DEFENSIVO DE NULIDADE DO PROCESSO POR PRODUÇÃO DE PROVA ILÍCITA. NO MÉRITO, PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. TESES SUPLETIVAS DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA; DE APLICAÇÃO DO ART. 44, DO CP E DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA POR FALTA DE AMPARO LEGAL. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO*

# Superior Tribunal de Justiça

**ÉDITO MONOCRÁTICO. TESES DEFENSIVAS QUE NÃO VINGAM, POR FALTA DE AMPARO LEGAL.**

*Questão preliminar rejeitada e recurso desprovido, com determinação.*

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que a quantidade de droga apreendida com o paciente é pequena para justificar o aumento na pena-base.

Assinala que o paciente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa, devendo ser aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Alega que a natureza e a quantidade de drogas já foram consideradas para o aumento na pena-base, não podendo ser aplicadas para negar o redutor, por implicar inadmissível *bis in idem*.

Acrescenta que, aplicado o redutor, deve ser modificado o regime inicial para o regime aberto e deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Caso seja diverso o entendimento, que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Dessa forma, requer, liminarmente, possa o paciente aguardar o julgamento definitivo do *writ* no regime aberto ou semiaberto.

No mérito, pede seja a pena-base fixada no mínimo legal, bem como aplicado o redutor, em seu grau máximo. Subsidiariamente, pleiteia seja fixado o regime inicial semiaberto para o início do cumprimento da sanção.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 432/434).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do presente remédio constitucional (e-STJ fls. 477/482).

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*.

Reparem que o colegiado manteve a sentença condenatória tecendo estas considerações acerca da dosimetria da pena (e-STJ fls. 423/425):

*E as penas não comportam reparos.*

*Isso porque observa-se que a apreensão de elevada quantidade de drogas, a saber, um “tijolo” de maconha, com peso líquido de 177,60g, 69 porções de crack, pesando 15,20g, 48 flaconetes de cocaína, com peso líquido de 15,60g, conforme demonstram as fotografias de fls. 155, e como atesta o laudo de exame químico-toxicológico de fls. 179/182, anotada a especial potencialidade lesiva dos dois últimos tóxicos, evitou que fossem atingidos quase três centenas de usuários, a denotar as graves consequências do crime recepcionado, e o maior grau de reprovabilidade na conduta do réu, o que bem autoriza a fixação das reprimendas básicas em 1/6 acima do mínimo legal, em observância ao teor do artigo 42, da Lei 11.343/06, da forma como acertadamente ocorreu na r. sentença, resultando nas penas de cinco anos e dez meses de reclusão e paga de quinhentos e oitenta e três dias-multa, fixados no piso mínimo.*

*Consoante entendimento fixado no próprio Superior Tribunal de Justiça, trazido à colação por Damásio de Jesus, em sua obra Lei Antidrogas Anotada:*

[...]

*Igualmente não procede o pleito de aplicação do redutor do § 4º, do artigo 33, desse diploma, por se tratar de benesse a ser concedida em circunstâncias especialíssimas, e quando preenchidos,*

*cumulativamente, todos os seus requisitos, o que não se observa no caso presente, visto que foi o acusado surpreendido na posse de três tipos distintos de entorpecentes, dois deles potentíssimos, fracionados em grande quantidade de porções, além de diversos petrechos utilizados na individualização de porções (periciados a fls. 375/381), e de R\$ 449,00, em contexto que, como bem assinalou a douta Procuradoria de Justiça em seu lúcido parecer, permite concluir que ao menos uma das padarias de sua propriedade servia de fachada para o comércio de drogas, salientando-se, inclusive, que esta não foi a primeira vez que o apelante se viu envolvido com a prática do crime pelo qual, agora, foi corretamente condenado (certidão de fl. 342), não satisfazendo, assim, o terceiro item do rol do aludido dispositivo legal.*

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*. 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.*

[...]

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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 determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 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