HABEAS CORPUS Nº 433.908 - RS (2018/0012713-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	IVO GRANDINI NETO
ADVOGADO	:	IVO GRANDINI NETO - RS030833
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	:	MELISSA SILVA SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MELISSA SILVA SANTOS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, como incursa no art. 33, *caput* e §4°, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime fechado, substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, bem como ao pagamento de 334 dias-multa, porque "tinha em depósito e guardava, para entregar a consumo, 266g [duzentos e sessenta e seis] de cocaína e 56g [cinquenta e seis gramas] de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar" (e-STJ fl. 12), foram ainda apreendidos "celulares, R$ 137,00 (cento e trinta e sete reais) em cédulas; R$37,00 (trinta e sete reais) em moedas; documentos de veículos, rolo de saco plástico, Cytotec, papel contendo anotações de valores, balança de precisão e diversos saquinhos plásticos" (e-STJ fls. 12/13).

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação, provido para majorar a pena da paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 11):

> *APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIO RECONHECIDO. INCONFORMIDADE MINISTERIAL.*
>
> *1. MINORANTE. No caso telado, a natureza, a variedade e volumetria dos entorpecentes impedem o reconhecimento da causa de diminuição, notadamente porque, aliada à apreensão de balança de precisão e às investigações preliminares, indicam que a ré desenvolvia a traficância de forma habitual. Causa de diminuição afastada.*

> *2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. Com o afastamento da minorante, a pena ficou superior a 4 (quatro) anos, não preenchidos, portanto os requisitos do artigo 44, do CP. Substituição revogada.*
>
> *3. REGIME PRISIONAL. Mantido o regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda, alterado somente seu fundamento porquanto reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n° 111,840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico APELO MINISTERIAL PROVIDO.*

Na presente impetração a defesa assere ser cabível a redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o que requer em liminar com pedido de ratificação meritória.

Liminar indeferida às e-STJ fls. 56/58.

Informações prestadas às e-STJ fls. 61/81.

Parecer ministerial pela denegação da ordem nos termos da ementa ora transcrita (e-STJ fl. 84):

> *Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico de drogas. Reconhecimento da minorante relativa ao tráfico privilegiado. Dedicação à atividade criminosa. Acórdão devidamente fundamentado. Entendimento diverso implicaria em dilação probatória, inviável em habeas corpus. Fixação de regime inicial fechado. Fundamentação idônea.*
>
> *Parecer pelo não conhecimento do mandamus.*

É, em síntese, o relatório.

Busca-se na presente impetração a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a consequente fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O Tribunal de origem, ao não reconhecer a minorante, deixou assente que (e-STJ fls. 15/16):

> *No entanto, embora seja a ré primária, observa-se que suficientemente demonstrado nos autos que o exercício do tráfico de drogas por parte de MELISSA ocorria de forma habitual, revelando que esta se dedicava à atividade criminosa. Além do mais, foi apreendido em seu poder entorpecentes, entre eles cocaína, substância de alto poder vulnerante, de tal sorte que graves as circunstâncias da prática do crime.*

> *A realçar que a apreensão e prisão ocorreram após denúncias de que a ré guardava drogas em seu sítio, desencadeando a realização de interceptações telefônicas e campanas que culminaram na localização dos entorpecentes, bem como de balança de precisão, sacos plásticos e quantia em dinheiro em poder ré. Não se trata, assim, de mera coincidência ou mesmo de abordagem ocorrida ao acaso.*
>
> *Não estão preenchidos, assim, os requisitos do aludido dispositivo, razão pela qual impõe-se o afastamento da referida minorante.*
>
> *Giz-se que o artigo 33, §4°, da Lei de Tóxicos, estabelece que "pode" o julgador reduzir a pena, quando as condições pessoais e circunstâncias forem benéficas ao agente, diante da menor gravidade do crime cometido, o que não se observa no caso.*
>
> *O pretório excelso definiu que, quando o julgador se valer do volume ou da natureza do entorpecente para elevar a pena-base, não poderá adotar o mesmo fundamento para excluir a incidência ou mesmo para diminuir o efeito redutor da minorante prevista no art. 33, §4°, da Lei de Drogas.*
>
> *É o caso.*
>
> *Na situação telada, a ré foi condenada por tráfico de entorpecentes, tendo como objeto 56g de maconha e 266g de cocaína, sendo esta última de alta lesividade, circunstâncias não utilizadas pelo juízo de piso na primeira fase dosimétrica.*

Nesse palmilhar, no que concerne à aplicação do redutor, a decisão do Tribunal de origem está em pleno alinho com a jurisprudência desta Corte Superior de que se a paciente se dedica às atividades criminosas, a benesse deve ser negada. A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FEITOS EM CURSO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*
>
> *1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.* [...]
>
> *4. Ordem denegada.* (HC 396.083/MG, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, são exigidos, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas.

2. Este Superior Tribunal tem decidido que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1052340/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DE INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...] *3. Para a aplicação do privilégio contido no § 4º da Lei 11.343/2006, impõe-se ao agente a primariedade, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Evidenciado tratar-se de réu reincidente, ou que se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa, restam ausentes os pressupostos legais para a concessão do benefício.* [...]

7. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 335.385/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 11/05/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS ALIADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRIMADO DO NE

> *BIS IN IDEM. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ACÓRDÃO COM DUPLA FUNDAMENTAÇÃO: HEDIONDEZ DO CRIME E GRAVIDADE CONCRETA (EXTRAÍDA DAS QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS). INIDONEIDADE APENAS DO PRIMEIRO FUNDAMENTO. SEGUNDO FUNDAMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> [...] *2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.*
>
> *3. A quantidade e natureza apreendida - 766 g de cocaína em pedra -, demonstram a gravidade acentuada do delito e justifica a manutenção do regime prisional mais gravoso (art. 42 da Lei n. 11.343/2006, c/c o art. 33, § 3º, do CP). Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.*
>
> *4. Desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias - acerca do comprometimento do acusado com atividades ilícitas - implica necessariamente a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que revela a inadequação da pretensão recursal, em face do óbice da Súmula 7/STJ.*
>
> *5. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1058147/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017)

Noutro eito, quanto à fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, foi consignado que (e-STJ fl. 17):

> *O regime de cumprimento permanecerá aquele fixado na sentença guerreada, qual seja, o fechado, notadamente em virtude da quantidade e natureza deletéria da droga comercializada, mas com fundamento no disposto no artigo 33, §2°, alínea "a", e par. 3º, do Código Penal, porquanto reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n° 111.840/ES, a inconstitucionalidade da fixação obrigatória do regime inicial fechado nos crimes hediondos e nos equiparados, como o tráfico.*

Nessa tessitura, ante a quantidade e a natureza da droga apreendida, o

regime para o cumprimento da reprimenda deve mesmo ser o fechado.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO. DIREITO AO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto,* ***nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a natureza, a variedade e a quantidade da substância entorpecente constituem fundamento idôneo para justificar a imposição do regime mais severo e para o indeferimento da substituição das penas****. Precedentes.*
>
> *2. Embora válido o fundamento para o recrudescimento do regime prisional, não se justifica a imposição do regime inicial fechado, ao réu primário, condenado a pena reclusiva não superior a 4 anos cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal. Precedentes.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 340.902/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017, grifei.)
>
> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E VARIEDADE DAS DROGAS.*
>
> *1.* ***Nos termos de iterativo entendimento desta Corte, a quantidade, a natureza e a variedade de drogas apreendidas erigem-se em fundamento idôneo apto a justificar tanto a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas.***
>
> *2. Nesse sentido, há, na espécie, fundamentação concreta para a imposição de regime inicial mais gravoso, ainda que tenha a pena-base ficado no mínimo legal e a reprimenda final seja de 1 ano e 8 meses.*
>
> *3. Contudo, não se mostra adequada a imposição do regime fechado, dado que é o paciente primário.*
>
> *4. Impetração não conhecida, mas concedida a ordem, ex officio, apenas para alterar o regime inicial de fechado para semiaberto.*
>
> (HC 342.286/SP, relator Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP, relatora p/acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 12/04/2016, grifei)

Tal o contexto, **denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator