

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 518.518 - SP (2019/0187063-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME PAULO MARQUES - SP321424
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO GUSTAVO SOUZA REIS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RODRIGO GUSTAVO SOUZA REIS, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (fls. 656-666).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal local negado-lhe provimento.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, constrangimento ilegal por inexistir motivação idônea para afastar a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, e a fixação do regime mais brando, bem como para a negativa de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja aplicada a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no seu patamar máximo, fixando-se o regime prisional aberto, e substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fls. 675-676).

As informações foram prestadas (fls. 678-700).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, ou por sua denegação (fls. 706-710).

É o relatório.

DECIDO.

Alega a defesa inexistir motivação idônea para afastar a redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, e a fixação do regime mais brando, bem como para a negativa de substituição da pena privativa por restritivas de direitos.

A sentença condenatória aplicou a dosimetria do paciente, nesses termos (fl. 490):

PASSO À DOSAGEM DA REPRIMENDA.

Réu primários, resta fixada a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa (1a. fase dosimetria).

Hugo e Guilherme, menores (atenuante - 2a. fase da dosimetria), mas não se pode fixar pena abaixo do mínimo legal.

Para os três acusados, elevo a pena em 1/6 (tráfico envolvendo menores - 3a. fase dosimetria), o que resulta 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa (valor mínimo).

Acampamento montado, equipado. Drogas por todos os lados. **No veículo de Hugo, também muita droga (30 porções de maconha). Ao todo, mais de um quilo de drogas variadas, apreendidas. Balança também. Tudo a evidenciar que estavam fazendo de suas vidas, atividade preponderantemente direcionada ao tráfico, à prática de crimes (ainda que pudessem estar com outras atividades paralelas). Vedo, pois, o redutor legal do privilégio.**

Como utilizados tais argumentos, para impedir o redutor legal, é que deixei de utilizá-los, para fixar a pena-base, acima do mínimo, pelo dolo intenso, para evitar-se bis in idem.

O Tribunal de origem manteve o decreto condenatório, com base nos seguintes fundamentos (fls. 664-665):

Atendendo aos critérios norteadores dos artigos 59, do Código Penal e 42, da Lei 11.343/06, as básicas, de todos os réus, foram fixadas no mínimo, mantendo-se o mesmo nível na segunda fase, visto que o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa, relativamente aos acusados HUGO e GUILHERME, não tem o condão de conduzir suas penas aquém do mínimo legal nesta fase da individualização, a teor da Súmula nº 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Na terceira fase, tendo a infração sido cometida envolvendo adolescentes (artigo 40, VI), as penas dos réus foram majoradas de 1/6, acertadamente.

Incabível em favor dos acusados a incidência da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, conforme bem ponderou o douto Magistrado a quo. Com efeito, **em que pese a primariedade dos réus, há que se considerar as circunstâncias do caso concreto; o fato de que eles agiam em conjunto e envolvendo menores; a quantidade, diversidade, nocividade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas; a apreensão de materiais comumente utilizados no preparo do entorpecente para a comercialização e de certa quantia em dinheiro sem origem. Tais fatores evidenciam que os apelantes exerciam atividade criminosa com habitualidade, fazendo do nefasto comércio de tóxicos seu meio de vida.**

Para o afastamento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, o Tribunal de Justiça valorou, além da quantidade e variedade das drogas – 7,790g (*sete gramas, setecentos e noventa miligramas*) da droga conhecida como cocaína (*acondicionadas em 42 microtubos com*

Superior Tribunal de Justiça

tampa acoplada, conhecidas como eppendorf), 23,200g (vinte e três gramas e duzentos miligramas) da droga conhecida como crack (contida em 80 invólucros de plástico incolor) e 1.141,020 (um mil, cento e quarenta e uma gramas, e vinte miligramas) da droga conhecida como maconha (acondicionada em 132 invólucros plásticos incolor) (fl. 214) –, outras circunstâncias do crime, tendo em vista que o réu e seus comparsas agiam em conjunto e envolvendo menores; a quantidade, diversidade, nocividade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas; a apreensão de materiais comumente utilizados no preparo do entorpecente para a comercialização e de certa quantia em dinheiro sem origem, levando a Corte de origem à conclusão de que o paciente faz da atividade criminosa seu meio de vida.

Esta Corte superior entende que, para afastar a benesse com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, conforme se verifica no caso dos autos. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas.

2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de 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 ou mesmo a sua integração em organização criminosa 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. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS - leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas -, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal.

4. Também caracteriza *bis in idem* a utilização da quantidade de drogas

apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator.

5. Não configura *bis in idem* caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante - tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. -, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa. Também não há falar em *bis in idem* quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa.

6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito.

7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de *bis in idem*, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

(HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018)

Desse modo, a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do *habeas corpus*. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPETRAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DE PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...].

3. O parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 dispõe que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os seguintes requisitos: ser primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre

organização criminosa.

4. **Fixado na sentença condenatória e no acórdão da apelação, com base nos fatos, que o paciente se dedica a atividades criminosas (...situação em que nada se identifica com a pessoa do Réu, o qual, em caráter de habitualidade, por dispor de expressiva quantidade de drogas, em antro da traficância, expõe evidências no sentido de integrar organização criminosa espúria, dedicando-se, profissionalmente, ao tráfico de drogas, circunstância que evidencia seu enraizamento irresgatável ao submundo do crime...) é inviável o reconhecimento da minorante, pois não atende aos requisitos previstos na lei, conclusão que não pode ser alterada na via eleita, por demandar revolvimento fático-probatório.**

5. Regime de cumprimento e substituição de pena, matérias que não foram decididas pelo Tribunal de origem, o que denota a incompetência deste Sodalício para analisar tais matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso concreto, essa benesse não se mostra razoável, até porque, mantido o quantum da pena, maior de 4 anos, o pleito é descabido.

7. É que apreendida grande quantidade de droga que atrai a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de que o juiz "na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

8. Condenado à pena de 5 anos de reclusão por tráfico de 13g de cloridrato de cocaína, acondicionados em 62 pequenos invólucros, correta a fixação do regime mais gravoso, o fechado.

9. *Habeas corpus não conhecido* (HC 192.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/6/2013, DJe 1º/8/2013).

No que se refere ao regime inicial de cumprimento e à possibilidade de substituição da pena, as instâncias ordinárias assim dispuseram:

Sentença (fls. 490-491):

Ausentes causas modificadoras, torno a reprimenda definitiva, devendo seu cumprimento operar-se, de início, no REGIME FECHADO (praticou-se crime de tráfico, de natureza grave, que atinge indistinto universo de pessoas, afetadas direta e pessoalmente por tão grave conduta, que abala sobremaneira o equilíbrio social. E com a inclinação dos réus à prática de crimes desse naipe, se soltos, há probabilidade de que voltem a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seus convívios com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possam se adequar às regras do bom convívio social). Indefiro penas alternativas, atento ao que dispõe o art. 44, inciso III, do Código Penal, porque não seriam suficientes à prevenção e repressão de tão grave delito (finalidade precípua das penas), cuja prática ofende,

sobremaneira, a ordem pública estabelecida. Estabeleceu-se até acampamento, oculto em mata, visando preparação e posterior venda de drogas. Substituição da pena corporal, com concessão de tais medidas, em clara mitigação da pena prevista no tipo penal, causaria, inclusive, tendo em vista as preditas circunstâncias do caso concreto, evidente sensação de impunidade e poderia fomentar práticas de novas infrações, quiçá congêneres ou até de maior gravidade, por parte dos ora condenados, o que se deve, por óbvio, evitar, pena de não se atingir e cumprir a predita finalidade de aplicação de reprimendas penais.

Acórdão (fl. 665):

Tratando-se de delito equiparado a hediondo, impositivo o regime inicial fechado, o único capaz de prover ressocialização aos increpados, tendo em vista que suas limitações são as mais rigorosas possíveis, ensejando a reflexão e a repressão do impulso delitivo.

Não se desconhece que o Plenário do Supremo declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da exigência do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados. Entretanto, por tratar-se de decisão de caráter incidental, não possui efeito vinculante ou erga omnes, limitando-se, portanto, ao caso concreto.

Ademais, no caso em exame, a inviabilidade da fixação de regime prisional menos gravoso é reforçada no fato de que os réus foram surpreendidos com considerável quantidade e diversidade de espécies de drogas, dentre as quais a cocaína e o crack, cuja natureza representa alto grau de nocividade e potencialidade lesiva, revelando acentuada culpabilidade.

O montante da pena corporal imposta aos réus é incompatível com a substituição por penas restritivas de direitos, ex vi do artigo 44, inciso I, do Código Repressivo.

Observa-se que o regime inicial fechado foi fixado com fundamento na na gravidade abstrata do delito.

O §3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, respectivamente:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta com base apenas na gravidade abstrata do delito.

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Superior Tribunal de Justiça

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Sendo assim, não se justifica a fixação do regime inicial fechado a réu primário, condenado à pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, fazendo jus o paciente ao regime **semiaberto**, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Mantida a reprimenda em 5 anos e 10 meses de reclusão, resta inviabilizado o pleito defensivo de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* apenas para determinar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator