

HABEAS CORPUS Nº 542.003 - SP (2019/0321157-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : FABIO AUGUSTO VARGA
ADVOGADO : FÁBIO AUGUSTO VARGA - SP140634
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI GOES DO NASCIMENTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de YURI GOES DO NASCIMENTO, apontando-se como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que negou provimento ao apelo defensivo, por acórdão assim ementado (fl. 59):

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Apreensão de porções de cocaína e maconha, inclusive na forma de "tijolo". Materialidade e autoria comprovadas. Relatos seguros e coesos dos policiais militares. Condenação mantida. Pena-base acima do piso em face de circunstância desfavorável representada pela razoável quantidade, variedade e acentuada lesividade de parte dos tóxicos apreendidos à saúde pública, consoante artigo 42 da Lei nº. 11.343/06. Menoridade relativa. Quadro negativo inconciliável com o privilégio descrito no artigo 33, § 4º, da mesma Lei Extravagante. Substituição da corporal por restritivas de direitos colidente com a circunstância adversa e montante da sanção. Regime prisional fechado único adequado ao tráfico e às peculiaridades negativas observadas. Precedentes. Recurso da Defesa improvido, com expedição de mandado de prisão. Inteligência da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça.

O paciente foi condenado às penas de 5 anos de reclusão, em regime fechado, e de 500 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. O Tribunal de Justiça confirmou a sentença.

Alega o impetrante, em síntese, haver *bis in idem* na valoração gravosa da natureza e quantidade da droga apreendida, na primeira e terceira fases da dosimetria, bem como o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, com o consequente abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento de *bis in idem*, a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar e prestadas as informações o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração ou, sucessivamente, pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Alega o impetrante, em síntese, haver *bis in idem* na valoração gravosa da natureza e quantidade da droga apreendida, na primeira e terceira fases da dosimetria, bem como o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo, com o consequente abrandamento de regime e substituição da pena privativa de liberdade.

O Tribunal de Justiça manteve na íntegra a sentença que, quanto à dosimetria da pena, foi proferida nos seguintes termos (fls. 54-56):

As significativas quantidade e diversidade do entorpecente (**oitenta e sete porções de cocaína, com peso líquido de 25g e vinte e sete porções de maconha, pesando 485,7g**) e as demais circunstâncias da apreensão (droga apreendida juntamente com dinheiro, sem origem lícita justificada, em local conhecido como ponto de venda de drogas), estão a demonstrar, sem nenhuma dúvida, que a droga se destinava a consumo de terceiros.

[...]

Atento aos critérios estampados no art. 42 da Lei nº 11.343/06, dentre eles as circunstâncias e consequências do crime e em razão da natureza das drogas, especialmente a cocaína, droga altamente viciante, em quantidade apta a atingir elevado número de usuários, se se considerar que um grama de cocaína é suficiente para cerca de vinte "carreiras" (https://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2005/01/10/ultl_766u7251_.Jhtm), **fixo a pena-base em cinco anos e dez meses de reclusão e pagamento de quinhentos e oitenta e três dias-multa.**

Reconheço a atenuante da menoridade relativa do agente e, atento ao disposto na Súmula 231 do STJ, reduzo a pena retro fixada para o mínimo legal, qual seja, cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa.

Embora se trate de réu primário, as circunstâncias do caso, a natureza, diversidade e a expressiva quantidade de entorpecente apreendido, juntamente com dinheiro, sem origem lícita justificada, evidenciam dedicação do réu às atividades criminosas.

Ademais, **o réu não comprovou exercício de ocupação lícita, além de ser preso em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, enquanto já responde por outro crime de tráfico de entorpecentes (fls. 77), tudo a indicar dedicação às atividades ilícitas, impedindo a aplicação da benesse legal prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.**

[...]

O regime de cumprimento da pena corporal, desfavoráveis as circunstâncias judiciais, é o inicialmente fechado, dado ser o único

suscetível de acolher o traficante apreendido com significativa quantidade e diversidade de droga, que com a mercancia faz ceifar prematuramente vidas de jovens escravizados pelo vício da droga, acometendo de patológica intranquilidade famílias inteiras e, por conseguinte, também a sociedade.

Analizando a detração penal, a teor do art. 387, § 2º, do CPP, constata-se que o réu ainda não preencheu os requisitos objetivos que lhe possibilitariam a progressão imediata de regime de pena.

Afigura-se inviável a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois ausente o preenchimento do requisito previsto no inciso I, do art. 44 do CP.

Da leitura dos autos, verifica-se que a pena-base do crime de tráfico foi agravada em 1/6 acima do mínimo legal - 10 meses - em decorrência das *circunstâncias e consequências do crime e em razão da natureza das drogas, especialmente a cocaína, droga altamente viciante, em quantidade apta a atingir elevado número de usuários, se se considerar que um grama de cocaína é suficiente para cerca de vinte "carreiras"* (fl. 55), tendo em vista a apreensão de *oitenta e sete porções de cocaína, com peso líquido de 25g e vinte e sete porções de maconha, pesando 485,7g* (fl. 54).

Na terceira fase, o Colegiado estadual afastou a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em razão das circunstâncias concretas do caso que demonstram ser o paciente voltado para a prática criminosa. Destacou-se, além da natureza/quantidade da substância entorpecente apreendida, que o réu *já responde por outro crime de tráfico de entorpecentes* (fl. 55).

Com efeito, há entendimento consolidado desta Corte no sentido de que a quantidade/natureza do entorpecente apreendido é fundamento idôneo para agravar a pena-base, desde que não utilizado na terceira fase da dosimetria para justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, como ocorreu no caso dos autos, em que o benefício não foi concedido também em virtude de circunstâncias adicionais, sobretudo, o fato de que o réu *já responde por outro crime de tráfico de entorpecentes*, não havendo falar em *bis in idem*. Nesse diapasão:

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, conseqüentemente, 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)

Cumpra ainda ressaltar que, no julgamento do EREsp n. 1.431.091/SP, por sua Terceira Seção, esta Corte sedimentou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso, referentes a fatos pretéritos, podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. CRIME. DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DROGAS. PRIMARIEDADE. REGISTROS PENAIIS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

VI - Com relação ao não reconhecimento do tráfico privilegiado, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou orientação no sentido de que inquérito policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

VII - Rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demanda, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus.

VIII - No que tange ao estabelecimento do regime inicial de fechado, verifica-se, no caso, que a natureza e quantidade de entorpecente foram consideradas circunstância desfavorável, que impede a fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, do art. 42 da Lei n. 11.343/06, apesar de ser o paciente primário.

IX - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 432.653/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/4/2018, DJe 26/4/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA.

NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. **A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes.**

2. "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" (AgRg no HC n. 340.902/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2017, DJe 16/3/2017).

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1678417/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 30/04/2018).

Finalmente, no tocante à fixação do regime prisional, tendo em vista a apreensão de *oitenta e sete porções de cocaína, com peso líquido de 25g e vinte e sete porções de maconha, pesando 485,7g.* (fl. 54), é cabível a imposição do regime mais gravoso – fechado – ao condenado à pena superior a 4 anos de reclusão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33 c/c art. 59 e art. 44, todos do Código Penal, e em harmonia com a orientação das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator