

HABEAS CORPUS Nº 542.469 - SP (2019/0323197-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
KARINA SANTOS SALVADOR - SP290900
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WYGOR GREGORIO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

WYGOR GREGORIO DA SILVA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0064925-93.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à reprimenda de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

A defesa busca, por meio deste *writ*, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas; a fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena; a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida e, depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, com a concessão de habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

Decido.

I. Minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas

O Tribunal de origem assim fundamentou a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fls. 63-64):

Feita essa breve exposição e voltando os olhos à hipótese em tela, observa-se que, conquanto locupletados os pressupostos elencados no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, in casu, a quantidade de droga e o alto grau de perniciosidade da substância entorpecente traficada (155 porções de cocaína, com peso líquido de 55,5 g; 190 porções de Tetrahydrocannabinol, popularmente conhecido como maconha, com peso líquido de 222,5 g; e 170 porções de cocaína, na forma de 'crack', com peso líquido de 19,1 g) indicam um maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, a evidenciar, por conseguinte, não ser possível enquadrá-la na figura privilegiada do tráfico de drogas.

Com efeito, para a aplicação da minorante em comento, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto deste Superior Tribunal: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 11/6/2019).

No caso, conforme visto, as instâncias ordinárias entenderam indevida a aplicação da minorante, com fundamento, tão somente, **na quantidade e na natureza das drogas apreendidas**, circunstâncias que as levaram à conclusão de que o acusado seria **dedicado a atividades delituosas**.

Certo é que 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. Vale dizer, a elevada quantidade de drogas apreendidas pode ser perfeitamente sopesada para aferir o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação a atividades delituosas.

No entanto, não há como se olvidar que, por ocasião do julgamento do **HC n. 112.776/MS** – *leading case* sobre a discussão acerca do *bis in idem* nesses casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas –, em sessão plenária ocorrida no dia **19/12/2013**, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas só podem ser usadas, na dosimetria da pena, na primeira ou na terceira fase, **sempre de forma não cumulativa**. Esse fato privilegia, de acordo com o Relator, Ministro Teori Zavascki, o poder de discricionariedade concedido ao juiz na dosimetria, como também o princípio constitucional da individualização da pena. Para o Relator, sopesar a natureza e a quantidade de drogas em duas fases do cálculo da pena caracteriza *bis in idem*.

Em 4/4/2014, a matéria foi objeto de nova apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral no **ARE n. 666.334/AM**, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se reafirmou o entendimento de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração **apenas em uma das fases da dosimetria da pena**, em observância à vedação do *bis in idem*.

Dessa forma, uma vez que, no caso, as instâncias ordinárias sopesaram os mesmos elementos – quantidade e diversidade de drogas apreendidas – tanto para fins de exasperação da pena-base quanto para justificar a impossibilidade de incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tenho como caracterizada a **ofensa ao princípio do ne bis in idem**.

Assim, deve ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade

e/ou da natureza de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda.

II. Regime inicial de cumprimento de pena

O Tribunal de origem assim fundamentou a imposição do regime inicial **fechado** de cumprimento de pena, *in verbis* (fls. 64-65):

Quanto ao regime prisional imponible à espécie, mister manter-se a adoção da modalidade inicial fechada, pois, inobstante o tempo de prisão provisória do apelante, tem-se que **a opção pelo módulo carcerário mais rigoroso atende ao disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal**, não havendo, dessarte, falar-se na incidência, in casu, das Súmulas nºs 440 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso, tampouco do regramento contido nos artigos 33, § 2º, e 59, ambos do Estatuto Repressor, e 387, § 2º, do Código de Processo Penal (acrescentado pela Lei nº 12.736/12).

Sobre a matéria posta em discussão, faço o registro de que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, **HC n. 111.840/ES**, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

No caso, a Corte de origem fundamentou a fixação do regime inicial mais gravoso com base, justamente, nas **peculiaridades do caso concreto, ou seja, no art. 33, § 3º, do Código Penal**. Isso porque há circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, tanto que a sua pena-base foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, circunstância que, de fato, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada.

Portanto, em homenagem ao **princípio do livre convencimento motivado** e uma vez que foram apontados argumentos concretos e específicos dos autos para a escolha do regime prisional fechado, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo feito pelo Tribunal de origem para fixar regime inicial mais brando de cumprimento de pena ao acusado.

Registro, no entanto, que nada obsta que a Corte de origem, ao reanalisar a dosimetria da pena e caso reduza a sanção imposta ao paciente, reavalie o regime inicial de cumprimento da reprimenda, como consectário de eventual nova pena aplicada.

III. Substituição da pena por restritiva de direitos

Diante do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da reprimenda privativa de liberdade, fica mantida, ao menos por ora, a negativa de substituição da pena por restritiva de direitos, por ausência de preenchimento do requisito objetivo (sanção superior a 4 anos de reclusão – art. 44, I, do Código Penal).

Contudo, é igualmente possível que o Tribunal de origem, por ocasião da nova dosimetria da pena – e na hipótese de reduzir a reprimenda aplicada ao paciente – também reavalie a eventual possibilidade de deferimento do benefício em questão.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para reconhecer a ocorrência de *bis in idem* e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena do paciente, dessa vez com a utilização da quantidade e/ou da natureza das drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda (Apelação Criminal n. 0064925-93.2016.8.26.0050).

Ainda, determino ao Tribunal de origem que, ao reanalisar a dosimetria da pena e caso reduza a sanção imposta ao acusado, reavalie o regime inicial de seu cumprimento e a possibilidade de substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, como consectário de eventual nova pena aplicada.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às

Superior Tribunal de Justiça

instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**